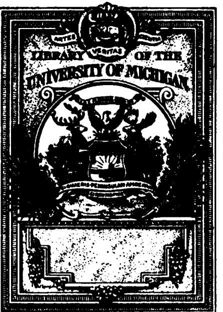

ARTES
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN

Kritik

des

Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs

für die

Preußischen Staaten.

Ein Beitrag

zur

Revision der Grundlehren des Handelsrechts.

Von

Dr. L. Goldschmidt,

Dozenten der Rechte zu Heidelberg.

Erste Abtheilung.

(Separatabdruck aus der Kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Bd. IV. Heft 2.)

Heidelberg.

Verlag von Bangel und Schmitt.

1857.

Das hohe Interesse, welches die bevorstehenden Berathungen über ein Deutsches Handelsgesetzbuch allseitig in Anspruch nehmen, hat uns veranlaßt, der eingehenden Kritik des Herrn Verfassers, mit dessen Genehmigung, auch über den Kreis der engeren Fachgenossen hinaus durch diesen Separatabdruck möglichst weite Verbreitung zu sichern.

Die Verlagshandlung.

Kritik

des

Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs

für die

Preußischen Staaten.

Ein Beitrag

zur

Revision der Grundlehren des Handelsrechts.

Von

Dr. L. Goldschmidt,
Dozenten der Rechte zu Heidelberg.

Erste Abtheilung.

(Separatabdruck aus der Kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Bd. IV. Heft 2.)

Heidelberg.
Verlag von Bangel und Schmitt.
1857.

Es erregte freudige Ueberraschung, als im Laufe des verflossenen Jahres der schier verschollene Plan eines deutschen Handelsgesetzbuches vom Bundestage aufgenommen*) ward, und mit der Aufforderung an die Einzelnstaaten zur Ernennung von Commissarien die ersten Vorbereitungsschritte geschahen. Je weiter für die lebende Generation die Aussicht zurücktritt, die politischen Einheitsbestrebungen der letzten Menschenalter mit endlichem Erfolge gekrönt zu sehen, um so dringender erscheint es geboten, wenigstens dem materiellen Einheitsbedürfniß Rechnung zu tragen. Je weiter das einheitliche Zollgebiet sich ausdehnt, um so größer wird der Kreis der gemeinsamen ökonomischen Interessen — um so störender aber auch die Verschiedenheit der Rechtsnormen, welche Stetigkeit und Sicherheit des Handelsverkehrs beeinträchtigt. Allgemein anerkannt ist die Nothwendigkeit, gerade auf diesem Felde die erwünschte Rechtseinheit zuerst anzubahnen; an der Möglichkeit, wie an dem Beruf zu solcher Codification läßt die glückliche Durchführung der deutschen Wechselordnung keinen Zweifel. Freilich thut es Noth, die Schwierigkeiten nicht zu unterschätzen.

Während das Wechselrecht, in sich abgeschlossen, von jeher eine selbstständige Entwicklung erfahren, stehen die übrigen handelsrechtlichen Disciplinen fast durchweg auf der Basis des gemeinen Civilrechts; es sind die civilrechtlichen Institute des Kaufs, des Mandats, der Societät u. s. w., an welchen die für den Handel wesentliche Seite entweder eigenthümlich ausgebildet, oder, dem Civilrecht gegenüber, mehr oder minder modificirt erscheint. Von dieser Grundlage abstrahiren zu wollen, wäre eben so thöricht als unfruchtbar, und

*) Ueber die früheren Einigungsversuche vgl. namentlich Brau's Minerva Novemberheft 1856 No. 5.

Versuche der Art sind wenigstens in Deutschland nicht zu befürchten. Man wird nicht die Frucht dritthalbtausendjähriger Arbeit vernichten wollen — um schließlich einem Compendium der „Rechtsphilosophie" das anwendbare Recht zu entnehmen.

Darum erscheint auch eine civilrechtliche Ausgleichung dringend geboten zwischen den vier großen Rechtsgebieten, in welche gegenwärtig Deutschland zerfällt, wenigstens in Betreff der wichtigsten unmittelbar praktischen Sätze des Obligationenrechts. Sind auch die Grundzüge überall dieselben in Preußen und Oesterreich, den Ländern des gemeinen und des französischen Rechts, so fehlt es doch nicht an mannichfachen positiven Modificationen, deren Aufgabe im Interesse der Einigung zwar billig erwartet werden darf, aber vielfach nur mit Widerstreben und nicht ohne wesentliche Erschütterung des Rechtslebens vor sich gehen kann. Compromisse werden nöthig sein.

Das Handelsgesetzbuch bedarf einer gewissen Ausführlichkeit, theils um dem Herüberziehen der für den Handelsverkehr nicht immer angemessenen Regeln des subsidiären Civilrechts vorzubeugen, theils um das Werk der Einigung nicht von vorn herein illusorisch zu machen durch Fortdauer der Rechtsverschiedenheit in Betreff der bereits gedachten Sätze des Obligationenrechts. Durchaus zu vermeiden sind nur Sätze von lediglich doctrineller Natur, die der tieferen wissenschaftlichen Erkenntniß als positive Hemmnisse hindernd in den Weg treten würden.

In der sichern und gleichmäßigen Feststellung der für den Handelsverkehr *unmittelbar wichtigen* Normen erblicken wir somit die Aufgabe der erstrebten Gesetzgebung. Das Werk der Einheit zu *sichern*, sei es durch einen höchsten deutschen Gerichtshof, oder wenigstens, wie jüngst *Bornemann**) vorgeschlagen, durch periodische Zusammenkünfte von Commissarien sämmtlicher deutscher Obergerichte, würde die nächstliegende Aufgabe sein.

Die Einigung anzubahnen, scheint Preußen vorzugsweise berufen. Innerhalb des preußischen Staates selbst ist die Ausgleichung vorzunehmen, welcher ganz Deutschland entgegensieht. Auch dort gilt es einen Compromiß zwischen den gemeinen deutschen, den preußischen und den französischen Rechtsnormen. Die unbesonnene Verpönung

*) Die Rechtsentwickelung in Deutschland und deren Zukunft. Berlin 1856. S. 78 ff.

der Usancen und der Mangel wissenschaftlicher Pflege des eigenen Handelsrechts rächen sich in der Verknöcherung des letzteren und in übertriebener Werthschätzung des fremden; die Rührigkeit der französischen und der französirenden Juristen droht, wie im Strafrecht, einen tüchtigen Bestand von deutschem Rechtsbewußtsein und Recht, dessen Werth man zwar nicht im übrigen Deutschland, wohl aber in Preußen selbst erst jetzt zu erkennen beginnt, zu vernichten. Gerade diejenigen, denen es um die Erhaltung des preußischen Rechts zu thun, sollten die Codification wünschen, um den geltenden Satzungen in dem neuen Gesetzbuch, welches der preußische Handelsstand seit einem Menschenalter dringend begehrt, dauernderen Bestand zu retten. Nur bedarf es dazu zäherer, überzeugenderer Vertheidigung, als zum Beharren beim Alten.

Mit Novellen wird dem Bedürfniß nicht entsprochen, sie greifen gewaltsam in den Rechtszustand ein und erzeugen jenes trostlose Flickwerk, dem wir nur zu häufig im preußischen Recht begegnen. An dem neuen Gesetzbuch aber wird, dürfen wir hoffen, auch die preussische Rechtswissenschaft sich ermannen, von lebendiger Praxis befruchtet.

Es sei, sagen die Gegner der preußischen Codification*), die gegenwärtige Zeit gewaltiger socialer Kämpfe am wenigsten zu solcher Schöpfung geeignet; die allgemeine Gährung mache den Rechtszustand schwer erkennbar (?), eine jede weitere Umgestaltung der Verkehrsverhältnisse würde ein neues Gesetzbuch hervorrufen. Wäre dem so, so müßten wir freilich die Hoffnung auf ein gemeinsames Gesetzbuch verschieben, bis einmal die erwünschte Stagnation eintritt, bis endlich der Geschichtsschreiber in sicheren Umrissen die leitenden Principien der Bewegung in sein culturhistorisches Skizzenbuch einzeichnete — freilich daneben ein weißes Blatt für die nächste Phase freilassend. Aber in der That wird hier die ökonomische Regsamkeit mit der juristischen verwechselt. Die neueste Zeit hat keinerlei neue Rechtsnormen erschlossen, sie hat höchstens an den alten bisher unbeachtete Seiten zur Erkenntniß gebracht oder deren Tauglichkeit klarer herausgestellt. Konnte es z. B. in Preußen Aufsehen erregen, daß die so unscheinbare Commanditengesellschaft urplötzlich in riesigen Formen auftrat,

---

*) Namentlich Fischer Preußens Kaufmännisches Recht. Breslau 1856. Vorwort S. VIII ff.

so hatte man nicht nur die geschichtliche Entwicklung des Instituts, sondern auch namentlich die großen Kämpfe ignorirt, welche im letzten Jahrzehnt in England um dasselbe geführt wurden.

Es ist nicht zu fürchten, daß ein Handelsgesetzbuch, welches sich mit der Feststellung der Hauptpunkte begnügt, das Detail der Wissenschaft und den Gerichten überläßt, welches sich von allen Polizei- und Bevormundungsmaßregeln frei hält, die dem deutschen Handelsstande entschieden widerstreben und auch nicht einmal als vorübergehende Einschränkungen gerechtfertigt sind, daß ein solches Gesetzbuch nach einer oder mehreren Generationen völlig veraltet sei.

Andere glauben auch wohl, durch Handelsgerichte allein dem Uebel steuern zu können. Wie indessen auch deren Zusammensetzung ausfallen mag, gerade sie können der positiven Feststellung der Hauptpunkte am wenigsten entbehren; sie durchaus, wie vorgeschlagen wird, der Leitung der Wissenschaft überlassen, hieße der letzteren eine Besonnenheit und Ausbildung beimessen, welche am wenigsten der preußischen nachgerühmt werden kann; sie, wie andererseits gewünscht wird*), mit Aufhebung alles gesetzlichen Rechts, lediglich auf die Usance verweisen, wäre ein Rückschritt und eine positive Unmöglichkeit. Die preußischen Kaufleute wissen ihre Stellung besser zu würdigen; sie haben die Einführung von Handelsgerichten wiederholt abgelehnt, bis ihnen in einem neuen Gesetzbuch zugleich die Basis für ihre Rechtsprechung gewonnen sei.

Sicherlich muß man durchaus dem preußischen Justizministerium beitreten, wenn es aus dreißigjährigen Revisionsversuchen das Resultat zieht, „daß eine Reform nur dann ersprießlich sein wird, wenn das gesammte Gebiet des Handelsrechts in den Bereich der Bearbeitung gezogen wird, da nur auf diese Weise die erforderlichen neuen Grundlagen gewonnen und die einzelnen Rechtsverhältnisse nach ihren Eigenthümlichkeiten vollständig ins Klare gestellt werden können."

Die erste Frucht der preußisch-deutschen Codificationsversuche ist ein umfangreicher und reichhaltiger Entwurf, welcher so eben von einer aus Juristen und Kaufleuten bestehenden Commission**) geprüft, und, nach erfolgter Revision, den Berathungen der in Kurzem zu-

*) Burchardi in der Kritischen Zeitschrift IV S. 34. 35.

**) Die Berathungsprotokolle derselben sind mir erst nach Vollendung des Drucks zugegangen, und können nur in den Anmerkungen berücksichtigt werden.

sammientretenden Conferenz deutscher Abgeordneten als Basis zu dienen bestimmt ist.

Die Prinzipien dieses Entwurfs nach den oben aufgestellten Gesichtspunkten unparteiisch und unbefangen zu prüfen, soll die Aufgabe der folgenden Blätter sein. Die nationale, öconomische und juristische Wichtigkeit der Sache bedingt rückhaltslose Offenheit. Wir werden hierbei vornämlich zwei Momente ins Auge zu fassen haben:

Wie weit entspricht die Vorlage dem Bewußtsein des deutschen Handelsstandes?

Wie weit ist die Ausgleichung zwischen den widerstreitenden Territorialrechten im Sinne nationaler Rechtsentwickelung gelungen?

Leider wird die gestellte Aufgabe wesentlich erschwert durch den Mangel spezieller Motive, welchem die dürftigen Vorbemerkungen (S. VI—XVII) selbst für „den Sachkundigen" abzuhelfen wenig geeignet erscheinen.

I. Inhalt und System.

In der Anordnung des Stoffes schließt sich der Entwurf im Wesentlichen dem durch den Code de commerce hergebrachten System an, mit wesentlichen Verbesserungen, welche, nach dem Vorgange neuerer Gesetzbücher, durch die umfassender gestellte Aufgabe bedingt waren.

Er zerfällt in 5 Bücher.

Buch I (§. 5—218), vom Handelsstande, stellt in 13 Titeln die zum Handelsstande gehörigen Personen und die auf den Handel bezüglichen persönlichen Rechtsverhältnisse derselben dar.

Buch II (§. 219—422), von Handelsgeschäften, in 14 Titeln.

Buch III (§. 423—749), vom Seehandel, in 12 Titeln.

Buch IV (§. 750—1028), vom kaufmännischen Concurs, in 5 Titeln.

Buch V (§. 1029—1126), von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen, in 5 Titeln.

Das Wechselrecht ist natürlich ausgefallen.

Die vom Code abweichende Sonderung der Subjekte der Handelsgeschäfte, inclusive Hülfspersonen: Faktoren, Handlungs-

diener, Mäkler (Buch I), von den Handelsgeschäften (Buch II) ist bereits in anderen Handelsgesetzbüchern, z. B. dem spanischen und portugiesischen und im würtembergischen Entwurf, versucht, und entspricht, wie die Stellung der Handelsgesellschaften unter die erste Rubrik, den Anforderungen einer wissenschaftlichen Systematik. Zweckmäßiger als im spanischen Gesetz sind auch die Lehren vom Commissionär, Spediteur und Fuhrmann, mit dem portugiesischen Recht, dem zweiten Buch, überwiesen, da nicht nur der Commissions-, Speditions- und Frachtvertrag den im zweiten Buch vorausgeschickten allgemeinen Grundsätzen unterliegen, sondern auch ökonomisch die Scheidung der Commissionäre und Spediteure, als einer besonderen Gattung Handeltreibender, von anderen Handelsleuten längst veraltet ist.

Vorzüglich beachtenswerth erscheint die sorgfältige Behandlung der verschiedenen Arten des Versicherungsvertrages (Buch II, Tit. 11—14), deren gemeinsame Prinzipien in einem Präliminartitel (Tit. 10) entwickelt werden, während der Seeversicherung zweckmäßig ein Abschnitt des dritten Buchs (Tit. 10) gewidmet ist. Zum genauen Vorbild haben hier offenbar das holländische Gesetzbuch (Buch I, Tit. 9. 10; Buch II, Tit. 9. 10) und der würtembergische Entwurf (Buch II, Tit. 11) gedient.

II. Einleitende Bestimmungen.

Dem Ganzen voran gehen einleitende Bestimmungen (§. 1—4), von denen §. 1 die Stellung der verschiedenen Rechtsquellen zu einander normirt, die §§. 2—4, welche wohl besser einen besonderen Titel des ersten Buches bilden dürften, die Führung eines Handelsregisters zur Aufnahme und behufs Kundbarkeit und öffentlichen Bekanntmachung gewisser wichtiger Willenserklärungen der Handeltreibenden vorschreiben*). Der bisherige Mangel einer gleichförmigen und bleibend erkennbaren Art der Veröffentlichung rechtfertigt diese Vorschrift; sie enthält nichts Drückendes, insofern nur der Kreis der einzutragenden Willenserklärungen nicht übermäßig ausgedehnt

*) Ueber die Modalitäten der Bekanntmachung und deren Wirkung dürften genauere Bestimmungen erforderlich sein. Vgl. Berathungsprotokolle S. 4—7. 17. 106. 107.

wird. Bezeichnet als solche sind alle erheblichen Rechtsgeschäfte, welche das eheliche Güterrecht der Handeltreibenden betreffen (§. 11—17); die Annahme einer Firma (§. 20. 24); die Ertheilung oder Aufhebung einer Procura (§. 46. 136. 138); die Errichtung, Veränderung oder Auflösung von Handelsgesellschaften (§. 92—94. 96. 97. 119. 127. 129—131. 146. 152. 153. 167. 168. 188. 192.). An die Unterlassung der Eintragung sind verschiedene wichtige Rechtsnachtheile geknüpft.

Im Ganzen dürften diese Regeln den Interessen des Gewerbstandes nur entsprechen. Die Mehrzahl der aufgeführten Willenserklärungen pflegt, nach Handelssitte, durch Circular und Anzeige in den öffentlichen Blättern ohnehin kundbar gemacht zu werden; die meisten Handelsgesetze schreiben schon jetzt eine bestimmte Art der Veröffentlichung vor (z. B. das preußische und französische Recht), und auch das Institut der Handelsregister ist bereits vielfach adoptirt (Hamburgische Verordnung vom 28. Dez. 1835. Badische Verordnung vom 9. Aug. 1827. Spanisches Handelsges. Art. 22—31. Brasilianisches Handelsges. Art. 10, Nr. 2).

Ungleich wichtiger ist der erste Paragraph des Entwurfs:

„In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche, und in deren Ermanglung die allgemeinen bürgerlichen Gesetze zur Anwendung."

Damit werden drei Punkte festgestellt:

1. Das Handelsrecht ist Specialrecht gegen das Civilrecht. Soweit das Handelsrecht keine Normen enthält, ist auf das Civilrecht zurückzugehen.
2. Das Handelsrecht ist theils gesetzliches Recht, theils Gewohnheitsrecht (Usance, Handelsgebrauch); auch das letztere geht, als Bestandtheil des Handelsrechts, dem subsidiären Civilrecht vor (s. §. 237).
3. Das Handelsgewohnheitsrecht steht dem gesetzlichen Handelsrecht nach.

So wenig zweifelhaft die beiden ersten Sätze erscheinen, um so gewichtiger ist ihre Anerkennung, nicht allein, weil die Theorie unbegreiflicher Weise noch immer über das Verhältniß der verschiedenen Handelsrechtsquellen zum Civilrecht streitet, sondern vorzüglich auch

für die preußischen*) und die französischen Rechtsgebiete, wo eine verkehrte Auffassung des Gewohnheitsrechtes zu unerträglicher Beschränkung geführt hat. Während das preußische Gesetzbuch gar kein gemeines Gewohnheitsrecht anerkennt, das partikuläre (provincielle oder lokale) regelmäßig nur zur Ausfüllung gesetzlicher Lücken (praeter legem: A.L.R., Einl. §. 3. 4. 49. 60), folgt die herrschende französische Ansicht einem Staatsrathsgutachten vom 13. Dez. 1811, welches der Usance erst hinter dem subsidiären Civilrecht eine bescheidene Stellung anweist.

Viel bedenklicher dünkt uns der dritte Satz, welcher die derogatorische Kraft der Usance verneint. Daß hiermit nicht etwa nur das zur Zeit geltende Gewohnheitsrecht getroffen werden soll (worüber bei der Tendenz des Entwurfs kein Zweifel möglich ist), daß vielmehr auch das künftig entstehende dem gesetzlichen Handelsrecht gegenüber für wirkungslos erklärt wird, scheinen insbesondere auch die Vorbemerkungen S. VII zu ergeben, welche zu den Erfordernissen gültiger Usancen als „selbstverständlich" zählen, daß dieselben „den bestehenden Handels- und Strafgesetzen nicht widerstreiten dürfen."

Selbstverständlich wäre das freilich nur nach preußischem und vielleicht nach französischem Recht, während in der gemeinen deutschen Theorie die Frage bekanntlich höchst bestritten ist, und ohne ein Constantinisches Rescript**), dessen Beseitigung in verschiedenster Weise versucht wird, kaum Jemand die gleiche Kraft der verschiedenen Rechtsquellen bezweifeln dürfte.

Diesem theoretischen Bedenken steht ein ungleich wichtigeres praktisches zur Seite. Doch lassen wir die Verfasser des Entwurfs selbst sprechen. Durch die Wiederanerkennung der Usance soll „in Verbindung und mit Hülfe des Instituts der Handelsgerichte die Fortbildung des Handelsrechts gesichert werden." Es wird als die Aufgabe der Handelsgesetzgebung anerkannt, „der weiteren Entwick-

*) Ganz mit Unrecht hat die Berliner Sachverständigenkommission sich für Streichung dieser Bestimmung entschieden, und dafür zum §. 231 die ganz unzureichende Vorschrift aufgestellt, daß in Ansehung der Schließung der Verträge die Handelsgebräuche des Orts, wo der Vertrag zum Abschluß gekommen ist, und in Ansehung der Erfüllung die Handelsgebräuche des Ortes, wo die Erfüllung geleistet werden muß, entscheiden (Berathungsprotokolle S. 4. 57).

**) L. 2 C quae sit longa consuetudo (8, 53).

lung und Fortbildung den erforderlichen Raum zu gestatten," als eine lästige Fessel des zur Zeit bestehenden preußischen Systems empfunden, daß es „der Ergänzung des geschriebenen Rechts durch die lebendige Praxis, sowie der Fortentwicklung desselben nach Maßgabe der Fortschritte des Verkehrs hemmend entgegentritt, indem es der Zulässigkeit der rechtlichen Anerkennung der Regeln zu enge Gränzen zieht, welche faktisch in Uebung kommen und in der Handelswelt sich Geltung verschaffen." (Vorbemerkungen S. VII. III. IV.)

Diesem so klar erkannten Bedürfniß widerstrebt indessen die getroffene Festsetzung durchaus. Usancen, welche dem gesetzlichen Handelsrecht nicht widerstreiten, bedürfen nicht der Anerkennung — die bloße Ergänzung gesetzlicher Lücken geschieht ohne neue Rechtserzeugung durch Wissenschaft und Praxis — die wahre Bedeutung des Gewohnheitsrechts in unserer heutigen gesetzgebungslustigen und an Gesetzen überreichen Zeit zeigt sich da, wo es gilt dem unbeugsamen gesetzgeberischen Willen die veränderte Volksüberzeugung wirksam entgegenzustellen. Usance ohne derogatorische Wirkung ist ein leeres Wort: in einem so ausführlichen Handelsgesetzbuch, wie der Entwurf uns verspricht, kann es nie an einem Rechtsgrundsatze fehlen, welcher jeder Neubildung das Thor verschließt.

Völlige Freigebung der Usance ist eine Cardinalfrage für die erstrebte neue Phase des Handelsrechts.

Mag man auch in Preußen gewöhnt sein, neuen Bedürfnissen sehr bald durch neue Gesetze abgeholfen zu sehen, — es steht ein deutsches Handelsrecht in Frage, dessen gleichmäßige Entwicklung keineswegs von der legislativen Schnelligkeit oder Langsamkeit der verschiedenen deutschen Staaten abhängig gemacht werden darf. —

Erstes Buch. Vom Handelsstande.

III. Anordnung.

Das Erste Buch zerfällt, wie bemerkt, in 13 Titel: Von Kaufleuten; von der Veröffentlichung der ehelichen Güterrechte; von Handelsfirmen; von den Handelsbüchern; von den Faktoren; von den Handlungsdienern; von den Börsen; von den Handelsmäklern; und (Tit. 9—13) von den Handlungsgesellschaften.

Titel 5 und 6 müssen zusammengezogen werden. Titel 7 paßt

nicht in diese Folge, und dürfte, ohne Nachtheil, ganz fortbleiben*), da er, in fast wörtlicher Nachbildung des Code de commerce art. 71—73, lediglich den Begriff der Börse definirt, und feststellt, daß das Ergebniß der auf dieser geschlossenen Geschäfte den Marktpreis bestimme. Das anerkennenswerthe Streben nach möglichster Vollständigkeit bedingt nicht die Erwähnung solcher Institute, deren Regelung doch nur der Partikular- und Lokal-Gesetzgebung zufallen kann. Ein Handelsgesetzbuch soll kein Lehrbuch sein. —

IV. Von Kaufleuten.

Der Erste Titel, dessen Besprechung wir uns nunmehr zuwenden, regelt im §. 5 den Begriff des Kaufmanns, im §. 6 den Handelsbetrieb der Minderjährigen, in den §§. 7—10 die Rechtsverhältnisse der Handelsfrauen.

1. Begriff des Kaufmanns und der Handelsgeschäfte.

Das System des Entwurfs läßt sich nur mittelst Combination mehrerer an ganz verschiedenen Stellen zerstreuter Bestimmungen übersehen. Es gehören hierhin die §§. 5. 219. 220. 1047. 1048.

Weder Form, noch Anordnung, noch Inhalt dieser Rechtsnormen tragen dem Bedürfniß des deutschen Handelsstandes Rechnung; sie sind, mit geringfügigen Aenderungen und unwesentlichen Zusätzen, dem Entwurf des deutschen Reichshandelsgesetzbuchs, wie dieser zum großen Theil dem Französischen Recht, entlehnt, und sie sind nicht allein durch die wissenschaftliche Kritik längst verurtheilt**), sondern es ist auch ein ähnlicher Versuch bei der Berathung der neuen Preußischen Concursordnung von den legislativen Körperschaften zurückgewiesen worden***).

Auf die Einzelnheiten einzugehen, wäre hier nicht am Ort, es wird genügen, die leitenden Gesichtspunkte festzustellen.

Das Handelsgesetzbuch hat 3 Fragen zu beantworten:

1) Welche Rechtsgeschäfte sind Handelsgeschäfte?

*) Auch in der Berliner Sachverständigenkommission haben sich Stimmen für den Wegfall ausgesprochen. Protokolle S. 20.

**) Vgl. die gründliche Beleuchtung von Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 32. S. 362—400.

***) Die Berliner Sachverständigencommission ist auf die Prinzipienfrage gar nicht eingegangen.

2) Welche Personen sind Handelsleute?
3) Welche Rechtsangelegenheiten gehören vor die Handelsgerichte?

Die wichtigste Aufgabe ist, den Begriff der Handelsgeschäfte abzugrenzen. Darnach muß sich im Wesentlichen die Anwendbarkeit des Handelsrechts — welches längst aus einem persönlichen Standesrecht der Kaufleute zum sachlichen Specialrecht umgewandelt ist — und die Competenz der Handelsgerichte bestimmen.

Auch der Begriff des Kauf- oder Handelsmannes ist sicherzustellen. Dem Handelsstand als solchem sind, theils nach gemeinem Deutschen Recht, theils nach Landesgesetzen, gewisse Vorrechte, Verbindlichkeiten und Rechtsinstitute eigenthümlich. Unter den Vorrechten mag hier genannt werden die Beweiskraft der Handelsbücher; unter den Verbindlichkeiten die genaue Buchführung und die Veröffentlichung wichtiger Willenserklärungen; zu den Rechtsinstituten gehört das Banqueroutrecht, das eigenthümliche Fallimentsrecht in den Ländern des Preußischen und Französischen Rechts, sowie in den letzteren die Ausdehnung der Personalhaft (Entw. Buch IV und Buch V Abschnitt 3).

Die beiden Begriffe stehen in enger Beziehung zu einander, und es ist allerdings bestritten, ob man den Kaufmann aus dem Handelsgeschäft, oder den Begriff des Handelsgeschäfts aus dem des Kaufmanns abstrahiren solle. Unseres Erachtens erscheint das Handelsgeschäft als der höhere Begriff. Jedes Rechtsgeschäft, welches bezweckt, durch einen Waarenumsatz in wesentlich unveränderter Form Gewinn zu ziehen, oder dessen Gegenstand die Vermittelung, Erleichterung oder Sicherung dieses Waarenumsatzes bildet, ist ein Handelsgeschäft (eigentliches oder Hülfsgeschäft: uneigentliches), gleichviel ob gewerbmäßig betrieben oder nicht; daneben mag auch wohl durch positive Gesetzesvorschrift ein oder das andere Rechtsgeschäft, welches unter diesen Begriff nicht fällt, dem Kreise der Handelsgeschäfte zugewiesen werden z. B. Umsatzgeschäfte mit vorheriger Bearbeitung, oder auch bloße Be- oder Verarbeitungen fremder Waaren.

Ein Jeder, welcher Geschäfte dieser Art gewerbmäßig betreibt, ist Kaufmann, und als solcher den eigenthümlich kaufmännischen Rechten, Pflichten und Instituten unterworfen. Doch steht nichts im Wege, aus Zweckmäßigkeitsgründen gewissen hierhin gehörigen Personenklassen die besonderen kaufmännischen Standesrechte zu ver-

sagen z. B. den Tröblern, Hausirern, Frachtfuhrleuten u. dgl. (A.L.R. II 8. §. 486*).

Auf diesem Wege sind den neueren Legislationen, z. B. der Spanischen und Holländischen, bereits das Preußische und Französische Gesetzbuch vorangegangen; nur daß das erstere, zu enge, die meisten Hülfsgeschäfte aus seiner Begriffsbestimmung ausschließt (A.L.R. II 8. §. 475); wogegen umgekehrt der Code de commerce einerseits den Kreis der Handelsgeschäfte und damit auch den der Kaufleute ganz ungemessen erweitert (art. 1. 631—633) — andererseits durch eine ungeschickte Fassung der für die handelsgerichtliche Competenz wichtigen Präsumtion, daß alle Streitigkeiten zwischen Kaufleuten aus Handelsgeschäften herrühren (art. 631 No. 1 632 alin. 6), zu der durchaus unbegründeten Annahme einer Verschiedenheit zwischen Handelsgeschäften der Kaufleute und der Nichtkaufleute verleitet.

Geht man umgekehrt vom Begriff des Kaufmanns aus, und bezeichnet als Handelssachen diejenigen Rechtsgeschäfte, in welchen die Betreibung des Handelsgewerbes besteht, und welche dieselbe ermöglichen oder befördern**), so dreht man sich im Kreise, da der Begriff des Kaufmanns doch wiederum nur durch den gewerbmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften bestimmt werden kann.

Diesen unrichtigen Ausgangspunkt und die unerfreuliche Casuistik des französischen Rechts hat der Entwurf aus dem Reichshandelsgesetzbuch übernommen; neu hinzugekommen ist eine Zerrissenheit der Darstellung, welche selbst dem Theoretiker die Uebersicht aufs äußerste erschwert. Und doch soll das Gesetzbuch auch dem ungelehrten Handelsrichter zur Basis seiner Rechtsprechung dienen!

Nachdem nämlich zunächst (§. 5) an den gewerbmäßigen Betrieb gewisser Geschäftscategorien der Stand des Kaufmanns geknüpft ist***),

---

*) Die Majorität der Berliner Commission hat sich für Wegfall aller Ausnahmen entschieden (Protok. S. 5). Allein das praktische Bedürfniß erheischt solche Ausnahmen.

**) Thöl Handelsrecht §. 1. 12. 13. Motive zum Entw. des Reichshandelsges. S. 4.

***) §. 5. „Als ein Kaufmann ist anzusehen:

1) Wer gewerbmäßig Waaren kauft oder in anderer Weise anschafft, und dieselben, es sei in Natur oder verarbeitet, wieder veräußert.

2) Wer gewerbmäßig die Bearbeitung oder Verarbeitung von Sachen für Andere unternimmt.

wird an einer weit entfernten Stelle, im Eingange des Zweiten Buchs, der Kreis der Handelsgeschäfte in zwei Klassen gesondert:

1) in solche, welche von einem Kaufmann betrieben werden: „alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, in welchen entweder sein Gewerbe besteht (also die im §. 5 aufgezählten), oder durch welche dasselbe möglich gemacht oder befördert wird" (§. 219 alin. 1 = Reichshandelsges. tit. 1 art. 4);

2) in solche, welche auch von Nichtkaufleuten geschlossen, als Handelsgeschäfte angesehen werden sollen. Dahin gehören nur folgende 4 Categorien (§. 220 = Reichshandelsges. art. 7).

1. Der Kauf und die Miethe beweglicher Sachen, um sie weiter zu verkaufen oder zu vermiethen.
2. Die Uebernahme einer Lieferung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, welche der Uebernehmer zu diesem Zwecke erst anschafft.
3. Die durch das Wechselrecht bestimmten Geschäfte.
4. Die Versicherungen gegen Prämie.

Die Vergleichung der §§. 5 und 220 ergibt somit, daß eine ganze Reihe von Geschäften, welche in einem einzelnen Fall von einer Person, die in keiner Beziehung als Kaufmann gelten kann, geschlossen werden, selbst dann nicht als Handelsgeschäfte erscheinen sollen, wenn sie erweislich einem Handelsbetrieb zu dienen bestimmt waren z. B. die Commission und Spedition, das Frachtgeschäft, die Bodmerei, ein unter den Begriff der Banquiergeschäfte fallender Vertrag, wie etwa das Incasso- und Lombardgeschäft, die Annahme von Depositen zur Benutzung u. s. w. Diese Abgränzung ist völlig willkührlich: es liegt kein Grund vor, die Spedition, die Bodmerei ꝛc.

---

3) Wer gewerbmäßig Bankiergeschäfte, Wechselgeschäfte oder Geldwechselgeschäfte betreibt.

4) Wer gewerbmäßig Rhederei oder Bodmerei betreibt, oder Versicherungen gegen Prämien unternimmt.

5) Wer gewerbmäßig kaufmännische Commissions- oder Speditionsgeschäfte, oder Frachtgeschäfte betreibt —.

6) Wer gewerbmäßig Lieferungen oder Bauten unternimmt.

7) Wer Unternehmungen zur gewerbmäßigen Vermittlung von Geschäften zwischen anderen Personen errichtet oder hält.

Zu den Kaufleuten sind nicht zu rechnen: Handwerker, insofern sie keinen offenen Laden zum Verkauf von Waaren halten; Schiffer und Fuhrleute, gewöhnliche Viktualienhändler, Hausirer und Trödler."

anders zu behandeln als Wechsel- und Assekuranzgeschäfte; sie wird aber unbegreiflich, wenn man aus dem §. 1048, welcher die Competenz der Handelsgerichte regelt, ersieht, daß diese, auch wenn keiner der Contrahenten oder Parteien zu den Kaufleuten gehört, zu entscheiden haben über:

Alle Klagen gegen Hülfspersonen (z. B. Dispacheurs, Güterbestätiger, Wäger, Messer, Braaker ꝛc.) aus ihren Berufsgeschäften (No. 3).

Alle Streitigkeiten aus Frachtgeschäften im Handelsverkehr (No. 4).

Alle Klagen aus Bodmereiverträgen (No. 7), sowie überhaupt aus dem ganzen Gebiet des Seeschifffahrtverkehrs (No. 5. 6. 8).

Unmöglich hat man für diese Fälle die Competenz der Handelsgerichte anerkennen, aber die Beurtheilung nach Handelsrecht ausschließen wollen; war aber Beides gemeint, so sind ja wiederum eben die Geschäfte, welchen der art. 220 die Bezeichnung Handelsgeschäfte versagt, als solche anerkannt. Oder hatte man, bei Herübernahme des art. 220 aus dem Reichshandelsgesetzbuch die Feststellung der handelsgerichtlichen Competenz noch gar nicht vor Augen?

In noch verunglückterer und schwerfälligerer Fassung wird die gerügte Scheidung bei Regelung der letzteren durchgeführt (§§. 1047 1048).

Einfacher, übersichtlicher und vor Allem richtiger dürfte folgende Formulirung erscheinen, welche zunächst nichts sein soll, als ein der Verbesserung fähiger und bedürftiger Versuch:

I. Das Handelsrecht findet nur auf Handelsgeschäfte Anwendung.

II. Handelsgeschäfte sind, ohne Unterschied, ob sie unter Kaufleuten oder unter Nichtkaufleuten, oder zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann geschlossen werden:

1. Jeder Ankauf oder Eintausch von Waaren, um dieselben, in unveränderter Form oder verarbeitet, zu veräußern, zu vermiethen, oder zum Zweck eines Handelsgeschäfts anderweit zu benutzen (z. B. der Ankauf von Maschinen, von Emballage ꝛc.), mit Ausnahme der zum Trödel-, Hausir- und Hökerhandel gehörigen Geschäfte.

2. Die fabrikmäßige Be- oder Verarbeitung fremder Waaren. (Dadurch sind die Geschäfte der lediglich auf Bestellung arbeitenden Handwerker ausgeschlossen. Das Merkmal des offenen Ladens, welches der Entwurf aufstellt, ist äußerlich und unzureichend.)

3. Der Kauf und die Miethe eines Handelsetablissements.

4. Der Verlagsvertrag.

5. Alle diejenigen Rechtsgeschäfte, welche die Vermittelung, Erleichterung oder Sicherung der zu 1—4 genannten Geschäfte zum Zweck haben. (Eine Aufzählung erscheint hier unnöthig, da das Handelsgesetzbuch diese Geschäfte meistens berücksichtigt. Allenfalls könnte man, um dem Richter einen Anhalt zu gewähren, die wichtigsten als Beispiele nennen, etwa in folgender Weise: Dahin gehören, außer den in diesem Handelsgesetzbuch geregelten*), insbesondere folgende:

a. Alle Bank-, Wechsel- und Geldwechselgeschäfte.

b. Alle Vermittelungsgeschäfte in Handelssachen.

c. Alle auf den Handel bezüglichen Rechtsgeschäfte mit den untergeordneten Hülfspersonen, als Dispacheurs, Wägern, Messern, Braakern, Schauern, Stauern u. s. w.

d. Empfehlungen und Bürgschaften im Handelsverkehr.

e. Der Kauf, die Miethe und der sonstige Erwerb eines Handlungsetablissements.

f. Der Verlagsvertrag.

III. Unbewegliche Sachen werden nicht als Waaren angesehen. (Für diese Beschränkung sprechen entscheidende Gründe.)

IV. Wer Handelsgeschäfte gewerbmäßig betreibt, ist Kaufmann, und der Vorrechte des Kaufmannstandes theilhaftig, wie den besonderen Pflichten und Rechtsinstituten desselben unterworfen. Nicht als Kaufleute anzusehen sind jedoch, außer den Tröblern, Hökern, Hausirern, und lediglich auf Bestellung arbeitenden Handwerkern, die Mäkler, Frachtfuhrleute und Stromschiffer, das Dienstpersonal der Kaufleute, und die zu bloßen Nebenverrichtungen bestimmten Hülfspersonen.

V. Die Gültigkeit und Klagbarkeit der Handelsgeschäfte ist von der Befugniß zum Handelsbetrieb unabhängig. Die kaufmännischen Vorrechte dagegen stehen solchen Personen nicht zu, welche, dem gesetzlichen Verbot zuwider, ein Handelsgewerbe betreiben.

---

*) Wohin die Dienstverträge mit den Handlungsgehülfen, das Commissions- und Speditionsgeschäft, der Frachtvertrag, die verschiedenen Arten des Versicherungsvertrages, die auf den Seeschifffahrtsverkehr bezüglichen Rechtsgeschäfte gehören.

VI. Zur Competenz der Handelsgerichte gehören, ohne Rücksicht auf den Stand der Parteien:

1. Alle Streitigkeiten aus Handelsgeschäften. Daß ein Handelsgeschäft vorliege, wird im Zweifel vermuthet, sofern auch nur der Beklagte dem Kaufmannsstande angehört.

2. Folgende Rechtsangelegenheiten (dahin gehört namentlich das Fallimentsverfahren, und eine Reihe von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vgl. Entw. §. 1048 No. 8. §. 1049).

Die Nummern I—III würden zweckmäßig in den einleitenden Bestimmungen hinter dem Abschnitt von den Rechtsquellen ihren Platz finden; mit No. IV würde der Titel von den Personen des Handelsstandes, mit No. V der Titel von den Handelsgeschäften, mit No. VI der Abschnitt von den Handelsgerichten beginnen können.

Durch diese Formulirung würde namentlich der schreiende Uebelstand vermieden, welcher aus der Französischen Praxis sich in den Entwurf eingeschlichen hat (§. 219. 220. 1047), daß nämlich ein Rechtsgeschäft zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann nur in Betreff des einen Contrahenten als Handelsgeschäft erscheint, somit für den Einen nach Handelsrecht und von dem Handelsgericht, für den Anderen nach Civilrecht und vor dem Civilgericht beurtheilt werden kann. —

2. Der minderjährige Handelsmann.

Der §. 6 knüpft die Fähigkeit der Minderjährigen zum Handelsbetrieb an vorgängige Großjährigkeitserklärung oder Entlassung aus der väterlichen Gewalt. Damit wäre dem gemeinen Recht gegenüber, welches diese Beschränkung nicht kennt, und höchstens, unter gewissen Voraussetzungen, einem minderjährigen Kaufmann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt, das Preußische und Französische System adoptirt. Die Beschränkung erscheint zweckmäßig, sofern sie der Beginn eines neuen Handelsbetriebes angeht; für die Fortsetzung eines ererbten Handelsgewerbes wäre eine Ausnahme zuzulassen, und zur Vermeidung von Controversen überdies hinzuzufügen:

1) daß die gleichwohl von Minderjährigen geschlossenen Handelsgeschäfte durchaus nach den Vorschriften des Civilrechts zu beurtheilen seien;

2) was für das Preußische Recht allerdings unnöthig ist, daß

gegen Handelsgeschäfte der zum Gewerbebetrieb befugten Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen sei.

3. Die Handelsfrau.

In der Lehre von der Handelsfrau (§. 7—10) schließt sich der Entwurf zweckmäßig dem gemeinen Deutschen Recht an. Glücklich sind die Klippen des Preußischen wie des Französischen Systems vermieden, von welchen das erste verlangt, daß die Frau der Handlung persönlich vorstehe; das zweite eine in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau nur dann als Handelsfrau gelten läßt, wenn sie ein abgesondertes Gewerbe betreibt. Zu diesen Ausnahmen liegt kein Grund vor.

Der Einfluß des Handelsbetriebes der Frau auf ihre Stellung zum Ehemann und dessen Gläubigern wird, bei der Mannigfaltigkeit der ehelichen Güterrechte, sich schwerlich durchgreifend feststellen lassen; erachtet man eine Regelung für erforderlich, so empfiehlt sich die Vorschrift des Entwurfs*).

V. Von den Handelsfirmen.

Im dritten Titel (§. 18—26) entfernt sich der Entwurf vollständig von dem hier freilich allzu laxen gemeinen Recht, und nimmt einen mittleren Standpunkt zwischen dem bestehenden Preußischen und dem Französischen Systeme ein. Dem gemeinen Recht ist unbedingte Freiheit der Firmenwahl eigenthümlich — nur nachweisbar betrügerische Absicht vermag den Einspruch eines Dritten zu rechtfertigen. Namens-, Sach- und gemischte Firmen**) sind ohne Unterschied zulässig. Das bestehende Preußische Recht beschränkt diese Freiheit lediglich zum Besten der zeitigen oder bisherigen Träger

---

*) §. 10 alin. 2. Sie haftet in diesem Falle mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch des Mannes; sie verpflichtet auch ihren Ehemann, wenn Gütergemeinschaft unter ihnen besteht.

**) Der Deutschen Rechtssprache fehlt es hier an sicheren Kunstausdrücken. Die obigen dürften sich durch Kürze empfehlen. Unter Namensfirma verstehe ich diejenige, welche einen oder mehrere Personennamen enthält, mit oder ohne Zusatz, welcher eine Beziehung zu den genannten Personen andeutet z. B. et Comp., Nachfolger, Wittwe, Eidam, Sohn, Gebrüder ꝛc. Die Sachfirma nennt den Gegenstand und die Art des Geschäfts. Die gemischte Firma ist Sachfirma in Verbindung mit einem oder mehreren Personennamen z. B. Carl Riegel's Literarisches Comptoir; Köpke's Seidenwaarenhandlung.

[illegible] Das Französische [illegible] ausdrücklich, das Publikum [illegible] Die in Deutschland [illegible] sind untersagt; [illegible] dieselbe nur auf [illegible] Geschäfte [illegible] Handlungs[illegible]

[illegible]

[illegible]

VI. Von den Handelsbüchern.

Auch der Vierte Titel „Von den Handelsbüchern“ (§. 27 —32) schließt sich, wie der Entwurf des Reichshandelsgesetzbuchs*) 2 art. 4—18), welcher ihm durchaus als Quelle gedient hat, allen wesentlichen Punkten dem französischen System an.

Der Staat hat an sich keine Veranlassung, dem Kaufmann Buchführung überhaupt, oder gar eine bestimmte Art derselben vorzuschreiben; das eigene Interesse wird den letzteren dazu bestimmen, durch ein geordnetes Rechnungswesen sich die Möglichkeit einer sicheren leichten Uebersicht über den jederzeitigen Stand seiner Vermögensverhältnisse, seiner Beziehungen zu jedem einzelnen Geschäftsfreund, über die Rentabilität des Geschäftsbetriebs zum Zwecke weiterer Speculationen zu verschaffen. Nur insofern der dem Handelsverkehr unentbehrliche hohe Grad allseitigen Vertrauens in die persönliche Ehrenhaftigkeit und Besonnenheit des Gegentheils außerordentliche Schutzmaßregeln der Staatsgewalt gegen grobe Verletzung erforderlich macht, erscheint die Einmischung der letzteren ebenso zweckmäßig als geboten. Dieser Schutz ist, nach Gewohnheitsrecht und neueren Gesetzen, von doppelter Art. Einmal die den ordnungsmäßig geführten Rechnungsbüchern, also bloßen Privatskripturen, beigelegte Beweiskraft zu Gunsten des producirenden Kaufmanns: das ist eine Garantie für letzteren gegen Mißbrauch des in der Regel ohne ängstliche Sorge um erforderlichen Beweis gewährten Credits, und zugleich eine Prämie für seinen bewährten Ordnungssinn. Andererseits die Ahndung ordnungswidrigen Verhaltens, als Quelle der Beeinträchtigung Anderer und des von diesen geschenkten Vertrauens, durch das Strafgesetz.

Zwar der zweite Punkt ist im Entwurf selbst nicht berührt (vgl. Code de commerce 13. 586. 591. Code pénal 402), doch setzten die Verfasser offenbar die Strafbestimmungen des geltenden Preußischen Rechts über den betrügerischen und einfachen Bankerutt voraus (Strafgesetzb. §. 259 No. 3. 4. §. 261 No. 2).

Um deswillen hat das Handelsrecht festzustellen, unter welchen Bedingungen das Rechnungswesen eines Kaufmanns als ordnungs-

*) Ueber diesen vgl. Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 33. S. 73—100.

mäßig anzusehen, und welche Beweiskraft den Handelsbüchern beizulegen sei. Im Zusammenhang damit ist drittens der Umfang der Editionsverbindlichkeit für dieselben zu regeln.

I. Der Entwurf schreibt einem jeden Kaufmann die Führung von 3 Büchern vor: eines Tagebuchs, eines Briefcopirbuchs und eines Inventarienbuchs; letzteres zur Eintragung der bei Beginn des Geschäfts und demnächst alljährlich, nach gewissen Grundsätzen*) aufzunehmenden Inventur und Bilanz. Sie müssen in einer lebenden**) Sprache, ohne unnöthige Lücken, Durchstreichungen, Radirungen und Zusätze außer der Zeilenfolge geführt, gebunden, folirt, und, wie die empfangenen Handelsbriefe, 10 Jahre lang aufbewahrt werden.

In das Tagebuch sollen Tag für Tag und nach der Ordnung des Datums eingetragen werden: alle Forderungen und Schulden, alle Handelsgeschäfte überhaupt, alle aus irgend einem Grunde empfangenen oder geleisteten Zahlungen, alle zur Führung des Hausstandes entnommenen Summen. Nur bei baaren Einnahmen aus Detailverkäufen und bei häufig wiederkehrenden baaren Auslagen von geringem Betrage genügt allwöchentliche Eintragung der Gesammtsumme. Ueber einzelne Arten von Geschäften dürfen, aus Zweckmäßigkeitsgründen, besondere Tagebücher geführt werden. Die Führung anderer Bücher ist nicht ausgeschlossen, ja sogar, falls sie stattfindet, für die Beweiskraft der gesetzlich vorgeschriebenen von größter Erheblichkeit (§. 27—35. 37).

Gegen die jährliche Inventur und Bilanzziehung läßt sich nichts erinnern; sie ist allgemein üblich, schon im bestehenden Preußischen Recht einem jeden Kaufmann zur Pflicht gemacht, und keine so drückende Last, daß nicht auch der kleinere Gewerbtreibende im Stande wäre, der gesetzlichen Vorschrift zu genügen.

Um so zweckwidriger erscheinen diejenigen Festsetzungen, welche die Führung bestimmter Bücher, und insbesondere die Art der Füh-

---

*) Welche aus dem A.L.R. II 8 §. 644—646 entnommen sind.

**) Man hat die Frage aufgeworfen, warum nicht auch solche Bücher genügen sollen, welche in lateinischer Sprache geführt seien. Jedenfalls verdienen dergleichen Extravaganzen keine Begünstigung. Ebenso sprechen überwiegende Gründe dafür, die in Hebräischer Sprache oder Schrift geführten Bücher auszuschließen.

rung des Tagebuchs vorschreiben, sie enthalten auf der einen Seite zu viel, auf der anderen zu wenig.

Zu viel, weil auch der ordnungsliebendste Kaufmann außer Stande ist, die täglich vorkommenden Geschäfte innerhalb 24 Stunden so übersichtlich und genau einzutragen, wie der Entwurf es verlangt; weil die Kassenvorgänge niemals mit den übrigen Handelsoperationen zusammengeworfen, sondern nur in das Kassabuch, und aus diesem direct in das Hauptbuch, oder, bei der doppelten Buchhaltung, in das Journal eingetragen zu werden pflegen; weil die formelle Scheidung der Handelsoperationen von den übrigen Rechtsgeschäften des Kaufmanns die Uebersichtlichkeit der ersteren geradezu bedingt.

Zu wenig, denn kein geordnetes Geschäftswesen kann bei diesen bloßen Nebenbüchern bestehen. Durchaus unentbehrlich ist überall das Hauptbuch*), mag neben diesem, in der doppelten Buchhaltung, überdies ein Journal und ein Contocorrentbuch geführt werden oder nicht; Cassaconto und Waarenscontro werden schwerlich fehlen dürfen. Es bleibt also nur die Wahl, entweder, nach dem Vorgang anderer Handelsgesetzgebungen, die Führung dieser unentbehrlichen Bücher vorzuschreiben, oder sich der Deutschen Praxis und dem bestehenden Preußischen und Oesterreichischen Recht anzuschließen, welche sich damit begnügen, eine dem Umfang und der Art des Geschäfts entsprechende Buchführung zu fordern, über deren Vorhandensein das sachverständige Ermessen des Handels- und Strafrichters entscheidet**). Die Erfahrung hat die Heilsamkeit dieses Prinzips hinreichend bewährt, und die thörichte Befürchtung widerlegt, daß dem Kaufmann die nöthige Einsicht zur Wahl derjenigen Buchführung fehlen könnte, welche sein Geschäftsbetrieb erheischt. Nur auf diesem Wege läßt sich, ohne unnütze Plackereien, die erforderliche Strenge gegen den betrügerischen oder leichtsinnigen Falliten erreichen***).

II. Es empfiehlt sich überdies das Deutsche System vorzugsweise in Bezug auf die den Handelsbüchern beizulegende Beweiskraft.

---

*) Vgl. auch A.L.R. II 8 §. 567. 568. Fischer Oester. Handelsrecht §. 231. Span. Hdlsg. art. 32. Ungr. Gesetzart. XV 106.

**) A.L.R. II 8 §. 562. 566. Pr. Strafgesetzb. §. 259. 261.

***) Für die Beibehaltung des Deutschen Systems hat sich auch die Majorität der Berliner Commission entschieden (Protok. S. 9. 10. 13).

nicht in diese Folge, und dürfte, ohne Nachtheil, ganz fortbleiben*), da er, in fast wörtlicher Nachbildung des Code de commerce art. 71—73, lediglich den Begriff der Börse definirt, und feststellt, daß das Ergebniß der auf dieser geschlossenen Geschäfte den Marktpreis bestimme. Das anerkennenswerthe Streben nach möglichster Vollständigkeit bedingt nicht die Erwähnung solcher Institute, deren Regelung doch nur der Partikular- und Lokal-Gesetzgebung zufallen kann. Ein Handelsgesetzbuch soll kein Lehrbuch sein. —

IV. Von Kaufleuten.

Der Erste Titel, dessen Besprechung wir uns nunmehr zuwenden, regelt im §. 5 den Begriff des Kaufmanns, im §. 6 den Handelsbetrieb der Minderjährigen, in den §§. 7—10 die Rechtsverhältnisse der Handelsfrauen.

1. Begriff des Kaufmanns und der Handelsgeschäfte.

Das System des Entwurfs läßt sich nur mittelst Combination mehrerer an ganz verschiedenen Stellen zerstreuter Bestimmungen übersehen. Es gehören hierhin die §§. 5. 219. 220. 1047. 1048.

Weder Form, noch Anordnung, noch Inhalt dieser Rechtsnormen tragen dem Bedürfniß des deutschen Handelsstandes Rechnung; sie sind, mit geringfügigen Aenderungen und unwesentlichen Zusätzen, dem Entwurf des deutschen Reichshandelsgesetzbuchs, wie dieser zum großen Theil dem Französischen Recht, entlehnt, und sie sind nicht allein durch die wissenschaftliche Kritik längst verurtheilt**), sondern es ist auch ein ähnlicher Versuch bei der Berathung der neuen Preußischen Concursordnung von den legislativen Körperschaften zurückgewiesen worden***).

Auf die Einzelnheiten einzugehen, wäre hier nicht am Ort, es wird genügen, die leitenden Gesichtspunkte festzustellen.

Das Handelsgesetzbuch hat 3 Fragen zu beantworten:

1) Welche Rechtsgeschäfte sind Handelsgeschäfte?

---

*) Auch in der Berliner Sachverständigenkommission haben sich Stimmen für den Wegfall ausgesprochen. Protokolle S. 20.

**) Vgl. die gründliche Beleuchtung von Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 32. S. 362—400.

***) Die Berliner Sachverständigencommission ist auf die Prinzipienfrage gar nicht eingegangen.

2) Welche Personen sind Handelsleute?
3) Welche Rechtsangelegenheiten gehören vor die Handelsgerichte?

Die wichtigste Aufgabe ist, den Begriff der Handelsgeschäfte abzugrenzen. Darnach muß sich im Wesentlichen die Anwendbarkeit des Handelsrechts — welches längst aus einem persönlichen Standesrecht der Kaufleute zum sachlichen Specialrecht umgewandelt ist — und die Competenz der Handelsgerichte bestimmen.

Auch der Begriff des Kauf- oder Handelsmannes ist sicherzustellen. Dem Handelsstand als solchem sind, theils nach gemeinem Deutschen Recht, theils nach Landesgesetzen, gewisse Vorrechte, Verbindlichkeiten und Rechtsinstitute eigenthümlich. Unter den Vorrechten mag hier genannt werden die Beweiskraft der Handelsbücher; unter den Verbindlichkeiten die genaue Buchführung und die Veröffentlichung wichtiger Willenserklärungen; zu den Rechtsinstituten gehört das Banqueroutrecht, das eigenthümliche Fallimentsrecht in den Ländern des Preußischen und Französischen Rechts, sowie in den letzteren die Ausdehnung der Personalhaft (Entw. Buch IV und Buch V Abschnitt 3).

Die beiden Begriffe stehen in enger Beziehung zu einander, und es ist allerdings bestritten, ob man den Kaufmann aus dem Handelsgeschäft, oder den Begriff des Handelsgeschäfts aus dem des Kaufmanns abstrahiren solle. Unseres Erachtens erscheint das Handelsgeschäft als der höhere Begriff. Jedes Rechtsgeschäft, welches bezweckt, durch einen Waarenumsatz in wesentlich unveränderter Form Gewinn zu ziehen, oder dessen Gegenstand die Vermittelung, Erleichterung oder Sicherung dieses Waarenumsatzes bildet, ist ein Handelsgeschäft (eigentliches oder Hülfsgeschäft: uneigentliches), gleichviel ob gewerbmäßig betrieben oder nicht; daneben mag auch wohl durch positive Gesetzesvorschrift ein oder das andere Rechtsgeschäft, welches unter diesen Begriff nicht fällt, dem Kreise der Handelsgeschäfte zugewiesen werden z. B. Umsatzgeschäfte mit vorheriger Bearbeitung, oder auch bloße Be- oder Verarbeitungen fremder Waaren.

Ein Jeder, welcher Geschäfte dieser Art gewerbmäßig betreibt, ist Kaufmann, und als solcher den eigenthümlich kaufmännischen Rechten, Pflichten und Instituten unterworfen. Doch steht nichts im Wege, aus Zweckmäßigkeitsgründen gewissen hierhin gehörigen Personenklassen die besonderen kaufmännischen Standesrechte zu ver-

sagen z. B. den Tröblern, Hausirern, Frachtfuhrleuten u. dgl. (A.L.R. II 8. §. 486*).

Auf diesem Wege sind den neueren Legislationen, z. B. der Spanischen und Holländischen, bereits das Preußische und Französische Gesetzbuch vorangegangen; nur daß das erstere, zu enge, die meisten Hülfsgeschäfte aus seiner Begriffsbestimmung ausschließt (A.L.R. II 8. §. 475); wogegen umgekehrt der Code de commerce einerseits den Kreis der Handelsgeschäfte und damit auch den der Kaufleute ganz ungemessen erweitert (art. 1. 631—633) — andererseits durch eine ungeschickte Fassung der für die handelsgerichtliche Competenz wichtigen Präsumtion, daß alle Streitigkeiten zwischen Kaufleuten aus Handelsgeschäften herrühren (art. 631 No. 1 632 alin. 6), zu der durchaus unbegründeten Annahme einer Verschiedenheit zwischen Handelsgeschäften der Kaufleute und der Nichtkaufleute verleitet.

Geht man umgekehrt vom Begriff des Kaufmanns aus, und bezeichnet als Handelssachen diejenigen Rechtsgeschäfte, in welchen die Betreibung des Handelsgewerbes besteht, und welche dieselbe ermöglichen oder befördern**), so dreht man sich im Kreise, da der Begriff des Kaufmanns doch wiederum nur durch den gewerbmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften bestimmt werden kann.

Diesen unrichtigen Ausgangspunkt und die unerfreuliche Casuistik des französischen Rechts hat der Entwurf aus dem Reichshandelsgesetzbuch übernommen; neu hinzugekommen ist eine Zerrissenheit der Darstellung, welche selbst dem Theoretiker die Uebersicht aufs äußerste erschwert. Und doch soll das Gesetzbuch auch dem ungelehrten Handelsrichter zur Basis seiner Rechtsprechung dienen!

Nachdem nämlich zunächst (§. 5) an den gewerbmäßigen Betrieb gewisser Geschäftscategorien der Stand des Kaufmanns geknüpft ist***),

---

*) Die Majorität der Berliner Commission hat sich für Wegfall aller Ausnahmen entschieden (Protok. S. 5). Allein das praktische Bedürfniß erheischt solche Ausnahmen.

**) Thöl Handelsrecht §. 1. 12. 13. Motive zum Entw. des Reichshandelsges. S. 4.

***) §. 5. „Als ein Kaufmann ist anzusehen:

1) Wer gewerbmäßig Waaren kauft oder in anderer Weise anschafft, und dieselben, es sei in Natur oder verarbeitet, wieder veräußert.

2) Wer gewerbmäßig die Bearbeitung oder Verarbeitung von Sachen für Andere unternimmt.

wird an einer weit entfernten Stelle, im Eingange des Zweiten Buchs, der Kreis der Handelsgeschäfte in zwei Klassen gesondert:

1) in solche, welche von einem Kaufmann betrieben werden: „alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, in welchen entweder sein Gewerbe besteht (also die im §. 5 aufgezählten), oder durch welche dasselbe möglich gemacht oder befördert wird" (§. 219 alin. 1 = Reichshandelsges. tit. 1 art. 4);

2) in solche, welche auch von Nichtkaufleuten geschlossen, als Handelsgeschäfte angesehen werden sollen. Dahin gehören nur folgende 4 Categorien (§. 220 = Reichshandelsges. art. 7).

1. Der Kauf und die Miethe beweglicher Sachen, um sie weiter zu verkaufen oder zu vermiethen.
2. Die Uebernahme einer Lieferung von Waaren oder anderen beweglichen Sachen, welche der Uebernehmer zu diesem Zwecke erst anschafft.
3. Die durch das Wechselrecht bestimmten Geschäfte.
4. Die Versicherungen gegen Prämie.

Die Vergleichung der §§. 5 und 220 ergibt somit, daß eine ganze Reihe von Geschäften, welche in einem einzelnen Fall von einer Person, die in keiner Beziehung als Kaufmann gelten kann, geschlossen werden, selbst dann nicht als Handelsgeschäfte erscheinen sollen, wenn sie erweislich einem Handelsbetrieb zu dienen bestimmt waren z. B. die Commission und Spedition, das Frachtgeschäft, die Bodmerei, ein unter den Begriff der Banquiergeschäfte fallender Vertrag, wie etwa das Incasso- und Lombardgeschäft, die Annahme von Depositen zur Benutzung u. s. w. Diese Abgränzung ist völlig willkührlich: es liegt kein Grund vor, die Spedition, die Bodmerei &c.

---

3) Wer gewerbmäßig Bankiergeschäfte, Wechselgeschäfte oder Geldwechselgeschäfte betreibt.

4) Wer gewerbmäßig Rhederei oder Bodmerei betreibt, oder Versicherungen gegen Prämien unternimmt.

5) Wer gewerbmäßig kaufmännische Commissions- oder Speditionsgeschäfte, oder Frachtgeschäfte betreibt —.

6) Wer gewerbmäßig Lieferungen oder Bauten unternimmt.

7) Wer Unternehmungen zur gewerbmäßigen Vermittlung von Geschäften zwischen anderen Personen errichtet oder hält.

Zu den Kaufleuten sind nicht zu rechnen: Handwerker, insofern sie keinen offenen Laden zum Verkauf von Waaren halten; Schiffer und Fuhrleute, gewöhnliche Viktualienhändler, Hausirer und Trödler."

anders zu behandeln als Wechsel- und Assekuranzgeschäfte; sie wird aber unbegreiflich, wenn man aus dem §. 1048, welcher die Competenz der Handelsgerichte regelt, ersieht, daß diese, auch wenn keiner der Contrahenten oder Parteien zu den Kaufleuten gehört, zu entscheiden haben über:

Alle Klagen gegen Hülfspersonen (z. B. Dispacheurs, Güterbestätiger, Wäger, Messer, Braaker ꝛc.) aus ihren Berufsgeschäften (No. 3).

Alle Streitigkeiten aus Frachtgeschäften im Handelsverkehr (No. 4).

Alle Klagen aus Bodmereiverträgen (No. 7), sowie überhaupt aus dem ganzen Gebiet des Seeschifffahrtverkehrs (No. 5. 6. 8).

Unmöglich hat man für diese Fälle die Competenz der Handelsgerichte anerkennen, aber die Beurtheilung nach Handelsrecht ausschließen wollen; war aber Beides gemeint, so sind ja wiederum eben die Geschäfte, welchen der art. 220 die Bezeichnung Handelsgeschäfte versagt, als solche anerkannt. Oder hatte man, bei Herübernahme des art. 220 aus dem Reichshandelsgesetzbuch die Feststellung der handelsgerichtlichen Competenz noch gar nicht vor Augen?

In noch verunglückterer und schwerfälligerer Fassung wird die gerügte Scheidung bei Regelung der letzteren durchgeführt (§§. 1047 1048).

Einfacher, übersichtlicher und vor Allem richtiger dürfte folgende Formulirung erscheinen, welche zunächst nichts sein soll, als ein der Verbesserung fähiger und bedürftiger Versuch:

I. Das Handelsrecht findet nur auf Handelsgeschäfte Anwendung.

II. **Handelsgeschäfte** sind, ohne Unterschied, ob sie unter Kaufleuten oder unter Nichtkaufleuten, oder zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann geschlossen werden:

1. Jeder Ankauf oder Eintausch von Waaren, um dieselben, in unveränderter Form oder verarbeitet, zu veräußern, zu vermiethen, oder zum Zweck eines Handelsgeschäfts anderweit zu benutzen (z. B. der Ankauf von Maschinen, von Emballage ꝛc.), mit Ausnahme der zum Trödel-, Hausir- und Hökerhandel gehörigen Geschäfte.

2. Die **fabrikmäßige** Be- oder Verarbeitung fremder Waaren. (Dadurch sind die Geschäfte der lediglich auf Bestellung arbeitenden **Handwerker** ausgeschlossen. Das Merkmal des offenen Ladens, welches der Entwurf aufstellt, ist äußerlich und unzureichend.)

3. Der Kauf und die Miethe eines Handelsetablissements.

4. Der Verlagsvertrag.

5. Alle diejenigen Rechtsgeschäfte, welche die Vermittelung, Erleichterung oder Sicherung der zu 1—4 genannten Geschäfte zum Zweck haben. (Eine Aufzählung erscheint hier unnöthig, da das Handelsgesetzbuch diese Geschäfte meistens berücksichtigt. Allenfalls könnte man, um dem Richter einen Anhalt zu gewähren, die wichtigsten als Beispiele nennen, etwa in folgender Weise: Dahin gehören, außer den in diesem Handelsgesetzbuch geregelten*), insbesondere folgende:

a. Alle Bank-, Wechsel- und Geldwechselgeschäfte.

b. Alle Vermittelungsgeschäfte in Handelssachen.

c. Alle auf den Handel bezüglichen Rechtsgeschäfte mit den untergeordneten Hülfspersonen, als Dispacheurs, Wägern, Messern, Braakern, Schauern, Stauern u. s. w.

d. Empfehlungen und Bürgschaften im Handelsverkehr.

e. Der Kauf, die Miethe und der sonstige Erwerb eines Handlungsetablissements.

f. Der Verlagsvertrag.

III. Unbewegliche Sachen werden nicht als Waaren angesehen. (Für diese Beschränkung sprechen entscheidende Gründe.)

IV. Wer Handelsgeschäfte gewerbmäßig betreibt, ist Kaufmann, und der Vorrechte des Kaufmannstandes theilhaftig, wie den besonderen Pflichten und Rechtsinstituten desselben unterworfen. Nicht als Kaufleute anzusehen sind jedoch, außer den Trödlern, Hökern, Hausirern, und lediglich auf Bestellung arbeitenden Handwerkern, die Mäkler, Frachtfuhrleute und Stromschiffer, das Dienstpersonal der Kaufleute, und die zu bloßen Nebenverrichtungen bestimmten Hülfspersonen.

V. Die Gültigkeit und Klagbarkeit der Handelsgeschäfte ist von der Befugniß zum Handelsbetrieb unabhängig. Die kaufmännischen Vorrechte dagegen stehen solchen Personen nicht zu, welche, dem gesetzlichen Verbot zuwider, ein Handelsgewerbe betreiben.

---

*) Wohin die Dienstverträge mit den Handlungsgehülfen, das Commissions- und Speditionsgeschäft, der Frachtvertrag, die verschiedenen Arten des Versicherungsvertrages, die auf den Seeschifffahrtsverkehr bezüglichen Rechtsgeschäfte gehören.

VI. Zur Competenz der Handelsgerichte gehören, ohne Rücksicht auf den Stand der Parteien:

1. Alle Streitigkeiten aus Handelsgeschäften. Daß ein Handelsgeschäft vorliege, wird im Zweifel vermuthet, sofern auch nur der Beklagte dem Kaufmannsstande angehört.

2. Folgende Rechtsangelegenheiten (dahin gehört namentlich das Fallimentsverfahren, und eine Reihe von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vgl. Entw. §. 1048 No. 8. §. 1049).

Die Nummern I—III würden zweckmäßig in den einleitenden Bestimmungen hinter dem Abschnitt von den Rechtsquellen ihren Platz finden; mit No. IV würde der Titel von den Personen des Handelsstandes, mit No. V der Titel von den Handelsgeschäften, mit No. VI der Abschnitt von den Handelsgerichten beginnen können.

Durch diese Formulirung würde namentlich der schreiende Uebelstand vermieden, welcher aus der Französischen Praxis sich in den Entwurf eingeschlichen hat (§. 219. 220. 1047), daß nämlich ein Rechtsgeschäft zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann nur in Betreff des einen Contrahenten als Handelsgeschäft erscheint, somit für den Einen nach Handelsrecht und von dem Handelsgericht, für den Anderen nach Civilrecht und vor dem Civilgericht beurtheilt werden kann. —

2. Der minderjährige Handelsmann.

Der §. 6 knüpft die Fähigkeit der Minderjährigen zum Handelsbetrieb an vorgängige Großjährigkeitserklärung oder Entlassung aus der väterlichen Gewalt. Damit wäre dem gemeinen Recht gegenüber, welches diese Beschränkung nicht kennt, und höchstens, unter gewissen Voraussetzungen, einem minderjährigen Kaufmann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt, das Preußische und Französische System adoptirt. Die Beschränkung erscheint zweckmäßig, sofern sie der Beginn eines neuen Handelsbetriebes angeht; für die Fortsetzung eines ererbten Handelsgewerbes wäre eine Ausnahme zuzulassen, und zur Vermeidung von Controversen überdies hinzuzufügen:

1) daß die gleichwohl von Minderjährigen geschlossenen Handelsgeschäfte durchaus nach den Vorschriften des Civilrechts zu beurtheilen seien;

2) was für das Preußische Recht allerdings unnöthig ist, daß

gegen Handelsgeschäfte der zum Gewerbebetrieb befugten Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen sei.

3. Die Handelsfrau.

In der Lehre von der Handelsfrau (§. 7—10) schließt sich der Entwurf zweckmäßig dem gemeinen Deutschen Recht an. Glücklich sind die Klippen des Preußischen wie des Französischen Systems vermieden, von welchen das erste verlangt, daß die Frau der Handlung persönlich vorstehe; das zweite eine in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau nur dann als Handelsfrau gelten läßt, wenn sie ein abgesondertes Gewerbe betreibt. Zu diesen Ausnahmen liegt kein Grund vor. Der Einfluß des Handelsbetriebes der Frau auf ihre Stellung zum Ehemann und dessen Gläubigern wird, bei der Mannigfaltigkeit der ehelichen Güterrechte, sich schwerlich durchgreifend feststellen lassen; erachtet man eine Regelung für erforderlich, so empfiehlt sich die Vorschrift des Entwurfs*).

V. Von den Handelsfirmen.

Im dritten Titel (§. 18—26) entfernt sich der Entwurf vollständig von dem hier freilich allzu laxen gemeinen Recht, und nimmt einen mittleren Standpunkt zwischen dem bestehenden Preußischen und dem Französischen Systeme ein. Dem gemeinen Recht ist unbedingte Freiheit der Firmenwahl eigenthümlich — nur nachweisbar betrügerische Absicht vermag den Einspruch eines Dritten zu rechtfertigen. Namens-, Sach- und gemischte Firmen**) sind ohne Unterschied zulässig. Das bestehende Preußische Recht beschränkt diese Freiheit lediglich zum Besten der zeitigen oder bisherigen Träger

*) §. 10 alin. 2. Sie haftet in diesem Falle mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Nießbrauch des Mannes; sie verpflichtet auch ihren Ehemann, wenn Gütergemeinschaft unter ihnen besteht.

**) Der Deutschen Rechtssprache fehlt es hier an sicheren Kunstausdrücken. Die obigen dürften sich durch Kürze empfehlen. Unter Namensfirma verstehe ich diejenige, welche einen oder mehrere Personennamen enthält, mit oder ohne Zusatz, welcher eine Beziehung zu den genannten Personen andeutet z. B. et Comp., Nachfolger, Wittwe, Eidam, Sohn, Gebrüder ꝛc. Die Sachfirma nennt den Gegenstand und die Art des Geschäfts. Die gemischte Firma ist Sachfirma in Verbindung mit einem oder mehreren Personennamen z. B. Carl Riegel's Literarisches Comptoir; Köpke's Seidenwaarenhandlung.

einer Firma oder eines Familiennamens. Das Französische System dagegen erachtet es überdies erforderlich, das Publikum vor Täuschung und Benachtheiligung zu schützen. Die in Deutschland so häufigen Veräußerungen von Namensfirmen sind untersagt; der einzige Inhaber eines Handlungsgeschäfts darf dasselbe nur auf seinen bürgerlichen Namen führen; allenfalls den Namen des Geschäftsveräußerers, mit dessen Bewilligung, seinem eigenen Namen beifügen. Aehnliche Beschränkungen gelten bekanntlich für die Firmen der Handlungsgesellschaften, wogegen Sach- und gemischte Firmen, als Accessorien des Handlungsetablissements, von selbst auf dessen Erwerber übergehen.

Nach dem Entwurf muß die Firma des einzigen Geschäftsinhabers seinen Familiennamen mit oder ohne Zusatz enthalten, er habe denn bei Gelegenheit des Erwerbs einer Handlung zugleich ein Recht auf die Fortführung der bisherigen Firma *) überkommen; der Zusatz et Comp. und andere auf ein Gesellschaftsverhältniß deutende Zusätze sind untersagt. Sachfirmen sind nur für Aktiengesellschaften statthaft. Aus den Firmen der Collectiv- und Commanditgesellschaften muß die Existenz eines Societätsverhältnisses und wenigstens der Name Eines zum Vollen haftenden Compagnon's hervorgehen.

Diese Beschränkungen widerstreben der Deutschen Sitte durchaus; der Preußische Handelsstand hat sich wiederholt gegen dieselben erklärt. Das Publikum bedarf keiner Schutzanstalt gegen mögliche Täuschung, jeder Vorsichtige weiß recht gut, wer hinter einer noch so fremdartigen Firma steckt; die einzige mögliche Garantie bietet die Ehrenhaftigkeit der Handeltreibenden, alle anderen sind illusorisch **). Die Klagen über den Mißbrauch fremder Firmen sind gerade unter der Herrschaft des französischen Rechts häufig, in Deutschland dagegen überaus selten. Besser hätte man gethan, das bestehende Preußische System mit einigen zweckmäßigen Erweiterungen zu adoptiren. Zu letzteren gehört die Vorschrift, daß das Recht auf den ausschließlichen Gebrauch einer mehr als den Familiennamen enthaltenden Firma durch deren Eintragung in das Handelsregister bedingt sei (§. 20. 24). —

*) Noch weiter als der Entwurf geht die Majorität der Berliner Sachverständigencommission, welche die bisherige Firma nur dem eigenen Namen des Erwerbers beigefügt wissen will (Protokolle S. 8. 9). Damit hätten wir ganz das Französische Recht.

**) Vgl. Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 34 S. 154 ff. Gelpke Zeitschrift für Handelsrecht Heft 2. S. 59 ff.

VI. Von den Handelsbüchern.

Auch der Vierte Titel „Von den Handelsbüchern" (§. 27 bis 42) schließt sich, wie der Entwurf des Reichshandelsgesetzbuchs*) (tit. 2 art. 4—18), welcher ihm durchaus als Quelle gedient hat, in allen wesentlichen Punkten dem französischen System an.

Der Staat hat an sich keine Veranlassung, dem Kaufmann eine Buchführung überhaupt, oder gar eine bestimmte Art derselben vorzuschreiben; das eigene Interesse wird den letzteren dazu bestimmen, durch ein geordnetes Rechnungswesen sich die Möglichkeit einer sicheren und leichten Uebersicht über den jederzeitigen Stand seiner Vermögensverhältnisse, seiner Beziehungen zu jedem einzelnen Geschäftsfreund, über die Rentabilität des Geschäftsbetriebs zum Zwecke weiterer Speculationen zu verschaffen. Nur insofern der dem Handelsverkehr unerläßliche hohe Grad allseitigen Vertrauens in die persönliche Ehrenhaftigkeit und Besonnenheit des Gegentheils außerordentliche Schutzmaaßregeln der Staatsgewalt gegen grobe Verletzung erforderlich macht, erscheint die Einmischung der letzteren ebenso zweckmäßig als geboten. Dieser Schutz ist, nach Gewohnheitsrecht und neueren Gesetzen, von doppelter Art. Einmal die den ordnungsmäßig geführten Rechnungsbüchern, also bloßen Privatskripturen, beigelegte Beweiskraft zu Gunsten des producirenden Kaufmanns: das ist eine Garantie für letzteren gegen Mißbrauch des in der Regel ohne ängstliche Sorge um erforderlichen Beweis gewährten Credits, und zugleich eine Prämie für seinen bewährten Ordnungssinn. Andererseits die Ahndung ordnungswidrigen Verhaltens, als Quelle der Beeinträchtigung Anderer und des von diesen geschenkten Vertrauens, durch das Strafgesetz.

Zwar der zweite Punkt ist im Entwurf selbst nicht berührt (vgl. Code de commerce 13. 586. 591. Code pénal 402), doch setzten die Verfasser offenbar die Strafbestimmungen des geltenden Preußischen Rechts über den betrügerischen und einfachen Bankerutt voraus (Strafgesetzb. §. 259 No. 3. 4. §. 261 No. 2).

Um deswillen hat das Handelsrecht festzustellen, unter welchen Bedingungen das Rechnungswesen eines Kaufmanns als ordnungs-

---

*) Ueber diesen vgl. Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 33. S. 73—100.

mäßig anzusehen, und welche Beweiskraft den Handelsbüchern beizulegen sei. Im Zusammenhang damit ist drittens der Umfang der Editionsverbindlichkeit für dieselben zu regeln.

I. Der Entwurf schreibt einem jeden Kaufmann die Führung von 3 Büchern vor: eines Tagebuchs, eines Briefcopirbuchs und eines Inventarienbuchs; letzteres zur Eintragung der bei Beginn des Geschäfts und demnächst alljährlich, nach gewissen Grundsätzen*) aufzunehmenden Inventur und Bilanz. Sie müssen in einer lebenden**) Sprache, ohne unnöthige Lücken, Durchstreichungen, Radirungen und Zusätze außer der Zeilenfolge geführt, gebunden, foliirt, und, wie die empfangenen Handelsbriefe, 10 Jahre lang aufbewahrt werden.

In das Tagebuch sollen Tag für Tag und nach der Ordnung des Datums eingetragen werden: alle Forderungen und Schulden, alle Handelsgeschäfte überhaupt, alle aus irgend einem Grunde empfangenen oder geleisteten Zahlungen, alle zur Führung des Hausstandes entnommenen Summen. Nur bei baaren Einnahmen aus Detailverkäufen und bei häufig wiederkehrenden baaren Auslagen von geringem Betrage genügt allwöchentliche Eintragung der Gesammtsumme. Ueber einzelne Arten von Geschäften dürfen, aus Zweckmäßigkeitsgründen, besondere Tagebücher geführt werden. Die Führung anderer Bücher ist nicht ausgeschlossen, ja sogar, falls sie stattfindet, für die Beweiskraft der gesetzlich vorgeschriebenen von größter Erheblichkeit (§. 27—35. 37).

Gegen die jährliche Inventur und Bilanzziehung läßt sich nichts erinnern; sie ist allgemein üblich, schon im bestehenden Preußischen Recht einem jeden Kaufmann zur Pflicht gemacht, und keine so drückende Last, daß nicht auch der kleinere Gewerbtreibende im Stande wäre, der gesetzlichen Vorschrift zu genügen.

Um so zweckwidriger erscheinen diejenigen Festsetzungen, welche die Führung bestimmter Bücher, und insbesondere die Art der Füh-

*) Welche aus dem A.L.R. II 8 §. 644—646 entnommen sind.

**) Man hat die Frage aufgeworfen, warum nicht auch solche Bücher genügen sollen, welche in lateinischer Sprache geführt seien. Jedenfalls verdienen dergleichen Extravaganzen keine Begünstigung. Ebenso sprechen überwiegende Gründe dafür, die in hebräischer Sprache oder Schrift geführten Bücher auszuschließen.

rung des Tagebuchs vorschreiben, sie enthalten auf der einen Seite zu viel, auf der anderen zu wenig.

Zu viel, weil auch der ordnungsliebendste Kaufmann außer Stande ist, die täglich vorkommenden Geschäfte innerhalb 24 Stunden so übersichtlich und genau einzutragen, wie der Entwurf es verlangt; weil die Kassenvorgänge niemals mit den übrigen Handelsoperationen zusammengeworfen, sondern nur in das Kassabuch, und aus diesem direct in das Hauptbuch, oder, bei der doppelten Buchhaltung, in das Journal eingetragen zu werden pflegen; weil die formelle Scheidung der Handelsoperationen von den übrigen Rechtsgeschäften des Kaufmanns die Uebersichtlichkeit der ersteren geradezu bedingt.

Zu wenig, denn kein geordnetes Geschäftswesen kann bei diesen bloßen Nebenbüchern bestehen. Durchaus unentbehrlich ist überall das Hauptbuch *), mag neben diesem, in der doppelten Buchhaltung, überdies ein Journal und ein Contocorrentbuch geführt werden oder nicht; Cassaconto und Waarenscontro werden schwerlich fehlen dürfen. Es bleibt also nur die Wahl, entweder, nach dem Vorgang anderer Handelsgesetzgebungen, die Führung dieser unentbehrlichen Bücher vorzuschreiben, oder sich der Deutschen Praxis und dem bestehenden Preußischen und Oesterreichischen Recht anzuschließen, welche sich damit begnügen, eine dem Umfang und der Art des Geschäfts entsprechende Buchführung zu fordern, über deren Vorhandensein das sachverständige Ermessen des Handels- und Strafrichters entscheidet **). Die Erfahrung hat die Heilsamkeit dieses Prinzips hinreichend bewährt, und die thörichte Befürchtung widerlegt, daß dem Kaufmann die nöthige Einsicht zur Wahl derjenigen Buchführung fehlen könnte, welche sein Geschäftsbetrieb erheischt. Nur auf diesem Wege läßt sich, ohne unnütze Plackereien, die erforderliche Strenge gegen den betrügerischen oder leichtsinnigen Falliten erreichen ***).

II. Es empfiehlt sich überdies das Deutsche System vorzugsweise in Bezug auf die den Handelsbüchern beizulegende Beweiskraft.

*) Vgl. auch A.L.R. II 8 §. 567. 568. Fischer Oester. Handelsrecht §. 231. Span. Hdlsg. art. 32. Ungr. Gesetzart. XV 106.

**) A.L.R. II 8 §. 562. 566. Pr. Strafgesetzb. §. 259. 261.

***) Für die Beibehaltung des Deutschen Systems hat sich auch die Majorität der Berliner Commission entschieden (Protok. S. 9. 10. 13).

Das Gesetz hat 3 Fragen zu beantworten:

1. Welchen Büchern, und unter welchen Voraussetzungen steht beweisende Kraft für den Producenten zu?

2. In welchen Angelegenheiten und gegen welche Personen?

3. In welchem Umfange?

1. Das Französische Recht legt vorzügliches Gewicht auf die gesetzlich vorgeschriebenen Bücher, wogegen die, nach richterlichem Ermessen, zulässige Berücksichtigung der fälschlich sogenannten Hülfsbücher von der ordnungsmäßigen Führung und Vorlegung der ersteren abhängig ist. Eine richtige Theorie dagegen wird gerade umgekehrt die vorschriftsmäßigen Bücher des Französischen Rechts für bloße Nebenbücher erachten, und ihnen entweder jede Beweiskraft absprechen, oder nur insofern beimessen, als sie durch die wirklichen Hauptbücher, d. h. die geordneten Zusammenstellungen der Debet- und Creditposten, bestätigt werden*). In diesem Sinne hat auch die Preußische Praxis die Beweiskraft der Handelsbücher für solche Geschäfte verneint, welche noch von keiner Seite erfüllt sind und darum kein bestimmtes Debet und Credit ergeben**). Die Verfasser des Entwurfs haben einen Mittelweg eingeschlagen. Die Vorlegung der gesetzlich vorgeschriebenen Bücher soll nicht genügen, falls neben diesen noch andere geführt sind; auf die Uebereinstimmung aller thatsächlich geführten wird vorzügliches Gewicht gelegt; nur im Falle unverschuldeten Verlusts der vorschriftsmäßigen Bücher dürfen auch die übrigen allein berücksichtigt werden (§. 37 alin. 1. §. 39).

Ein Kaufmann also, welcher sich mit der chronologischen Cladde und dem Briefcopirbuch des Entwurfs begnügt, und die unnütze Mühe spart, eine ordentliche Rechnungsführung aufzustellen, ist besser daran als der sorgfältige Geschäftsmann, welcher alle Vorgänge aufs Schönste in doppelten Conti's bucht! Ihm droht keine Gefahr, daß die Vergleichung der verschiedenen Bücher die Unrichtigkeit seiner ersten Angabe herausstellt; daß sein ganzer Geschäftsverkehr dem Auge des Gegners und des Richters blosgelegt wird; daß die Unmöglichkeit, ein noch zu erfüllendes Geschäft in die Hauptbücher einzutragen, eine

*) (Hänsel) Ueber den Beweis durch Handelsbücher im Civilprozeß. Leipzig 1830. S. 24 ff. 42 ff.

**) Entsch. V, S. 389 ff. XII, S. 154. Archiv für Rechtsf. VII, S. 70. X, S. 139.

Incongruenz der verschiedenen Bücher begründet. Die Vorschriften des Entwurfs gewähren ein Privileg nur dem Nachlässigen und Böswilligen. Will man das bisherige System modificiren, so wird es genügen, bloßen Cladden in Betreff noch nicht erfüllter Geschäfte, einen geringeren Grad von Beweiskraft beizulegen.

Für die Regelung der Voraussetzungen der Beweiskraft gibt es nur Ein leitendes Prinzip: jeder Umstand, welcher die Glaubwürdigkeit des Buchführers aufhebt oder schwächt, vernichtet oder mindert auch die Glaubwürdigkeit seiner Handelsbücher. Diese Umstände können liegen in den persönlichen Verhältnissen des Buchführers (Ehrlosigkeit, Anrüchigkeit), oder in der ordnungswidrigen Beschaffenheit der Bücher, oder deren Nichtübereinstimmung unter einander und mit den Büchern des Gegners *). Dem richterlichen Ermessen dürfen hier keine Schranken gezogen werden, und es ist darum nur billigenswerth, daß selbst unregelmäßig geführte Handelsbücher unter Umständen berücksichtigt werden sollen. Indessen hätte das Prinzip selbst nicht unerwähnt bleiben dürfen. (§. 37 alin. 2 §. 38.) Uebrigens dürfte der Entwurf darin zu weit gehen, daß er dem Gegner des Producenten ein Recht auf Vorlegung (und wohl auch durchgängige Prüfung?) sämmtlicher Handelsbücher beilegt (§. 37) — ohne Nachweis besonderer Verdachtsgründe hat er sich mit der Production der einschlägigen Stellen der correspondirenden Bücher zu begnügen. Der §. 40 des Entwurfs bezieht sich, wie art. 15 des Code de commerce, nur auf die Editionsverbindlichkeit. —

Daß die Führung der Handlungsbücher mit gleicher Wirkung auch durch Handlungsgehülfen geschehen dürfe, ist im §. 57 ausdrücklich bestimmt. Richtiger fände das hier seine Stelle.

2. Die Beweiskraft beschränkt sich auf Handelssachen; gegen Nichtkaufleute ist sie geringer als gegen Kaufleute, sonach niemals eine vollständige (§. 36). Beide Bestimmungen entsprechen dem bestehenden Recht, und man hat zweckmäßig unterlassen, den Umfang der Beweiskraft gegen Nichtkaufleute genau zu fixiren. Nichtbeantwortet ist die Frage, ob die Handelsbücher eines in den Prozeß nicht verwickelten Kaufmanns unter den Prozeßparteien beweisen, nament-

*) Vgl. Bender im Archiv f. civil. Praxis Bd. 36. S. 401.

lich alsdann, wenn keine der Parteien ihre Rechte von dem Buchführer herleitet.

3. Der Umfang der Beweiskraft ist nach französischem Recht geregelt, oder vielmehr — in Verbindung mit dem gleichfalls der französischen Praxis entlehnten Grundsatz, welcher den Handelsrichter nicht allein von allen positiven Beweisregeln, sondern sogar von der Verpflichtung zur Zulassung eines angetretenen Zeugenbeweises befreit (Entw. §. 1068—1070) — schlechthin dem durch Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen des Richters überlassen; derselbe darf in allen Fällen dem Producenten einen Bestärkungseid über den Inhalt der Bücher auferlegen (§. 36. 37). Man kann vielleicht das Prinzip verwerfen, als dessen Folgesatz diese Vorschrift erscheint, und dieselbe gleichwohl zweckmäßig finden. Sie erscheint als ein glücklicher Compromiß zwischen dem gemeinrechtlichen System der halben, und dem Preußischen der vollen Beweiskraft. Wenn gegen die Glaubwürdigkeit des Buchführers gar keine Bedenken walten, ist die Beilegung der vollen Beweisfähigkeit wohlgerechtfertigt; der Grad dieser Bedenken wird dafür maaßgebend sein, ob ihnen jede Beweiskraft versagt, oder ob einer und welcher der Parteien ein Eid aufzuerlegen sei*). Doch dürfte es gerathen erscheinen, richterlicher Willkühr durch schärfere Formulirung dieser Prinzipien möglichst vorzubeugen, und überdies festzusetzen, daß auch unregelmäßig geführte Bücher gegen den Buchführer beweisen, mag er selbst oder die Gegenparthei sich auf dieselben berufen haben, sofern er nicht im Stande ist, einen Irrthum darzulegen.

Der Eid soll auf den „Inhalt der Bücher" gerichtet werden. Ist damit die Richtigkeit der ganzen Buchführung oder die Existenz der streitigen Forderung gemeint? Für das erstere scheint die Bestimmung zu sprechen, daß der Richter die eidliche Bestärkung auch von dem Handlungsvorsteher, Faktor oder Buchhalter verlangen dürfe (§. 37 alin. 3). Unter welchen Umständen, und allein, oder neben dem Eide des Prinzipals? Und wie, wenn Bücher einer Handelsgesellschaft in Betracht kommen? Oder wenn der Buchführer gestorben ist? Alle diese, zum Theil streitigen Fragen bedürfen der Erledigung**).

---

*) Vgl. Hänsel S. 136 ff.

**) Vgl. A.L.R. II 8 §. 576—583. A.G.O. I 10 §. 168. Hänsel S. 116 ff. Bender a. a. O. S. 402. Sieh auch Protok. S. 13.

III. Die von der Editionspflicht der Parteien handelnden §§. 40—42 sind wörtlich aus dem Code de commerce art. 14—17 entnommen, bis auf zwei Zusätze, von denen der erste den Parteien und dem Richter die Befugniß gewährt, auch über den auf den Streitpunkt bezüglichen Inhalt der Handelsbücher hinaus, dieselben insoweit zu prüfen, als zur Beurtheilung ihrer regelmäßigen Führung erforderlich ist; der zweite, nach Vorgang der französischen Praxis, den Richter berechtigt, den Beweis gegen den die Edition Weigernden, auch ohne Bestärkungseid des Gegners, für erbracht zu erklären.

Das leitende Prinzip wird anzuerkennen sein, da gegen die feste gemeinrechtliche Praxis und die Bestimmungen der Preußischen und Französischen Gesetzbücher, welche die Editionspflicht der Handelsbücher anerkennen, die dissentirenden Partikularrechte bei der Redaktion eines Deutschen Handelsgesetzbuchs nicht in Betracht kommen dürfen. Aber die Editionspflicht darf nicht dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, sondern muß als Recht der Gegenpartei anerkannt, und jedes Einschreiten des Richters von Amtswegen ausgeschlossen werden.

Zweckmäßig dürfte übrigens die ganze Lehre von der Beweiskraft der Handelsbücher dem Abschnitt „Von dem Verfahren vor den Handelsgerichten“ (Entw. §. 1061 ff.) zu überweisen, und dort auch die Editionspflicht Dritter zu regeln sein. —

VII. Von den Handlungsgehülfen.

Die tit. 5 und 6 (§. 43—62) zeichnen sich vortheilhaft durch engeren Anschluß an das bestehende Deutsche Recht und den Handelsgebrauch aus. Wir vermissen jedoch insbesondere einfache Anordnung und principielle Erfassung der leitenden Rechtsgrundsätze*).

*) Wie wenig die Erkenntniß dieser Prinzipien Gemeingut geworden ist, zeigt die neueste Darstellung von Fischer (Preußens kaufmännisches Recht S. 143 ff.). Abgesehen von der durchgehenden Verwechselung des Mandats und der Stellvertretung, von der ganz verkehrten Darstellung der geschichtlichen Entwickelungsphasen der letzteren finden wir die Behauptung, daß die spitzfindige (!) Römische Lehre vom Institor dem heutigen Recht völlig fremd sei, daß wir heute nur noch Mandatare, aber keine Faktoren mehr hätten; daß diese Aenderung durch die Eigenthümlichkeit (?) der Procura hervorgerufen sei u. dgl. mehr. Den wirklichen Differenzpunkt zwischen dem Römischen und dem heutigen Recht hat der Verfasser freilich nicht geahnt: der liegt in der freien Stellvertretung mit

Die Berücksichtigung der Lehre im Handelsgesetzbuch ist allerdings wünschenswerth; läßt sich dieselbe im Wesentlichen auch aus den Regeln des Civilrechts über Mandat, Dienstmiethe und Stellvertretung construiren, so fehlt es doch auch hier nicht an eigenthümlichen Modificationen, und an einer Menge von Streitfragen, deren Erledigung durchaus nothwendig erscheint.

Wir verlangen, daß das Handelsgesetzbuch durchgreifend scheide zwischen den innern Dienstverhältnissen der Handlungsgehülfen zum Prinzipal, welche der Entwurf an ganz verschiedenen Stellen berührt (§. 45. 50. 52. 53 alin. 2. 59—62), und denjenigen Beziehungen, welche deren etwaige Stellvertretungsbefugniß Dritten gegenüber hervorbringt; daß man von dem Begriff des stellvertretenden Geschäftsverwalters (Faktors) und den allen Faktoren gemeinschaftlichen Grundsätzen ausgehe und die nöthig erscheinenden Modificationen für die einzelnen Arten derselben kurz hinzufüge. Durchaus unzulässig ist die aus dem A.L.R. und neueren Gesetzbüchern, z. B. dem Spanischen und Portugisischen, entlehnte Methode, den Disponenten (Faktor im engeren Sinne) in einem besonderen Titel von den übrigen Handlungsgehülfen (den „Handlungsdienern") zu scheiden, und in dem ersten Titel vorzugsweise die Stellvertretungsverhältnisse, in dem zweiten vorzugsweise die inneren Dienstbeziehungen zu behandeln, und die nun in jedem Titel fehlenden Regeln über die zweite Beziehung durch schleppende Verweisung auf den anderen Titel zu ergänzen, oder gar diese Regeln doppelt aufzustellen (§. 47 und 54. 49 und 58. 50 und 59. 52). Auch der Disponent ist Handlungsgehülfe*), der Umfang seiner Verwaltungsbefugniß allein unterscheidet ihn von den übrigen Mitgliedern des Geschäftspersonals.

Die Bezeichnung Handlungsgehülfe dürfte, als die allgemeine, sich aus zwei Gründen empfehlen. Einmal deutet sie treffend auf die ökonomische Bedeutung der hierhin gehörigen Personen: die

---

directer Wirkung, also ohne die Römische Verpflichtung des Institor selbst. In unsere Gesetzgebungen ist nicht zu wenig, sondern zu viel Römisches Recht übergangen. Der Begriff des Institor aber ist derselbe geblieben, wenn auch die Bezeichnungen wechseln.

*) Selbst der Disponent eines zweiten Etablissements leistet blos Hülfe, da sein Wille, mag er auch factisch noch so selbständig handeln, doch rechtlich dem Willen des Prinzipals untergeordnet ist.

Unterstützung des Prinzipals im Betrieb des Handelsgewerbes, und schließt zugleich den an das Wort Handlungsdiener geknüpften Nebenbegriff einer ganz untergeordneten Dienststellung aus. Alsdann weist sie auf die dauernde Beziehung zu Einem bestimmten Handelsetablissement (der Handlung) hin, welche gerade das Handlungspersonal von anderen Hülfspersonen für den Handel, z. B. den Provisionsreisenden, den Fuhrleuten, Messern, Wägern, Lastträgern, wesentlich unterscheidet. Darum ist auch die Definition des §. 53:

„Unter Handlungsdienern werden die Personen verstanden, welche im Handelsgewerbe Dienste leisten"

viel zu weit. Erscheint überhaupt eine Begriffsbestimmung erforderlich, so müßte sie lauten:

Handlungsgehülfen sind diejenigen Personen, welche in einem, seiner Natur nach, auf die Dauer berechneten Dienstverhältnisse zu Einem Geschäftshause stehen.

1. Verhältniß der Handlungsgehülfen zum Prinzipal.

Das Gesetzbuch hat sich hier auf die nothwendigsten Bestimmungen zu beschränken; für den Handelsverkehr ist dieses Verhältniß von geringer Wichtigkeit. Fraglich könnte nur sein, ob nicht auf bestimmte Lehren des Civilrechts zur Ergänzung verwiesen werden müsse. Indessen bei dem Schwanken der Theorie über die Grenzen zwischen Mandat, Dienstmiethe und den sonstigen zu den ungenannten Verträgen gerechneten Dienstleistungen*), bei den verschiedenen Begriffen, welche die Gesetzgebungen mit diesen Bezeichnungen verbinden, erscheint es geradezu unmöglich, nach dem Vorgange des Preußischen Landrechts, welches in subsidium auf die Vorschriften von Vollmachtsaufträgen verweist**), schlechthin auf eine dieser Vertragsarten zurückzugehen. Ein solches Verfahren wäre um so ungeeigneter, weil die Dienstleistungen der Handlungsgehülfen sehr verschiedener Art sind, bald besoldete, bald unbezahlte, bald den gemeinen,

*) Vgl. z. B. Koch Recht der Forderungen III, S. 449 ff. und Lehrbuch des Preußischen Privatrechts II §. 655. Sintenis Civilrecht II, S. 561 ff. 673 ff. 685 ff. Seuffert Prakt. Pandektenr. Dritte Aufl. §. 332 ff.

**) A.L.R. II 8. §. 522. Die Preußische Praxis wendet mit Recht diesen Grundsatz nur auf das Vertretungsverhältniß an. R. 10/6 36 (Jahrb. 47 S. 521) Entsch. 2 S. 60. 16 S. 166.

halb den technischen Verrichtungen angehören; weil auch die mögliche oder gar nothwendige Concurrenz eines auf Abschließung von Rechtsgeschäften gerichteten Auftrags zu berücksichtigen ist, für welchen die Grundsätze von Dienstverträgen durchaus unzureichend erscheinen z. B. in Betreff des willkührlichen Widerrufs und der Ersatzansprüche für Auslagen, sondern nothwendig auf die Regeln des Mandatsvertrags zurückgegangen werden muß *).

Der Entwurf gibt folgende Vorschriften:

1. Die Natur der von den Handlungsgehülfen zu verrichtenden Dienste und deren Lohn wird, in Ermangelung der Uebereinkunft, durch Ortsgebrauch oder durch richterliches Ermessen nach sachverständigem Gutachten festgestellt (§. 53). Zweckmäßig dürfte hinzuzufügen sein, daß unentgeltliche Dienstleistungen (wie die des Lehrlings und des sog. Volontair's), oder Verabredung einer Gewinnsquote als Lohn oder Theil desselben (wie bei dem sog. commis interessé) im Uebrigen an der Natur des Dienstverhältnisses nichts ändern. Im letzten Fall besteht allerdings ein Societätsvertrag zwischen beiden Theilen, und zwar wird in der Regel der Gehülfe Commanditgesellschafter sein; indessen ist damit die Natur der gegenseitigen Beziehungen nicht erschöpft. Dienst- und Societätsvertrag greifen in einander ein, so daß z. B. der erstere jede willkührliche Auflösung des Verhältnisses auf beiden Seiten hindert und die entscheidende Stimme des Gehülfen ausschließt, der zweite dagegen den Prinzipal zur Rechnungsablegung dem Gehülfen gegenüber verbindet. Die Wissenschaft hat hier ein weites Feld zu bebauen.

2. Zeitweise (nicht über 6 Wochen sich erstreckende) unverschuldete Unfähigkeit zur Dienstleistung entzieht den Lohnanspruch für die Zeit der Hinderung nicht (§. 65).

3. Kein Handelsgehülfe darf, ohne Zustimmung des Prinzipals, Handelsgeschäfte für eigene oder eines Dritten Rechnung machen. Als Einwilligung gilt schon Nichtwiderspruch des Prinzipals, ungeachtet demselben bei Annahme des Gehülfen bekannt war, daß dieser ein Handelsgewerbe betreibe. Uebertretung dieser Vorschrift berechtigt den Prinzipal zur Dienstentlassung und zum Schadenersatz; auch steht es ihm frei, das Geschäft auf eigene Rechnung zu übernehmen (§. 50. 59).

*) Vgl. auch Pardessus Cours de droit comm. No. 531—536. 561.

Dies absolute Verbot ist zwar im gemeinen Recht nicht begründet, aber in den meisten neueren Gesetzbüchern, wie in der Französischen Praxis zweckmäßig anerkannt. Nur dürfte der Prinzipal nicht befugt sein, den Schadenersatzanspruch mit der Uebernahme des wider Verbot geschlossenen Geschäfts nach seinem Belieben zu cumuliren.

4. Zur Substitution soll ein Disponent (wohl auch jeder andere Handlungsgehülfe) ohne Einwilligung des Prinzipals gar nicht befugt sein — bis auf erforderliche Anstellung von Handlungsdienern und Bevollmächtigten (§. 45 alin. 1. §. 44). Für den Nothfall wäre hier, im Interesse des Prinzipals selbst, eine Ausnahme zu gestatten*).

5. In Betreff der Aufhebung des Dienstvertrages wird unterschieden, ob derselbe ohne Bestimmung der Zeitdauer, oder auf eine gewisse Zeit eingegangen ist. Im ersten Fall ist die Dauer nach Ortsgebrauch zu bestimmen; in Ermangelung eines solchen und einer vertragsmäßigen oder ortsüblichen Kündigungsfrist eine sechswöchentliche Kündigungsfrist für beide Theile festgesetzt. Im zweiten Fall wird beiden Theilen aus wichtigen Gründen, deren Erheblichkeit der Richter zu ermessen hat, der Rücktritt ausnahmsweise auch im Lauf der Vertragszeit gestattet. Beispiele solcher Aufhebungsgründe sind beigefügt (§. 61. 62).

Hierhin würde endlich

6. die Vorschrift des §. 45 alin. 2 gehören, daß die Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältniß durch den jederzeit zulässigen Widerruf der (etwaigen) Procura nicht berührt werden.

2. Beziehungen zu Dritten.

Dergleichen entstehen durch Rechtsgeschäfte oder durch Vergehen der Gehülfen. Von den ersteren handeln die §§. 43—48. 51. 52 alin. 2. 54—57, von den letzteren die §§. 49. 58 des Entwurfs.

Auch hier thut Vereinfachung Noth. Man darf nicht, wie geschehen, den Begriff des Disponenten voranstellen, den Umfang seiner Procura, deren Beschränkung und Aufhebung, die Vertretungsverbindlichkeit des Prinzipals für ihn erörtern, und alsdann einige un-

*) L. 1 §. 5 D de exerc. act. (14, 1). Oester. bürg. Gesetzb. §. 1010. Vgl. auch A.L.R. I 13 §. 47.

zureichende Bemerkungen in Betreff der übrigen Handlungsgehülfen beifügen. Vielmehr sind die leitenden Gesichtspunkte vorauszuschicken, etwa in folgender Weise:

1. Zur Eingehung von Rechtsgeschäften für den Prinzipal sind die Handlungsgehülfen nur ermächtigt:

a. kraft ausdrücklichen oder stillschweigenden*) Auftrags für den einzelnen Fall;

b. kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Bestellung zur Verwaltung eines gewissen Geschäftskreises innerhalb des Handelsgewerbes ihres Prinzipals. Zu diesen gehören namentlich der Disponent, auch Handlungsvorsteher oder Faktor (im engeren Sinne) genannt; der Kassirer, der Handlungsreisende, der Laden- und Lagerdiener. Die Procura derselben erstreckt sich auf alle Handlungen, welche das Interesse des ihnen anvertrauten Geschäftsgebiets erfordert (oder auch: welche in dem ordentlichen Betrieb des ihnen anvertrauten Geschäftsgebiets gewöhnlich enthalten sind, und ohne welche sie ihren Wirkungskreis nicht auszufüllen vermögen). Im Zweifel hat darüber das richterliche Ermessen unter Berücksichtigung des Handelsgebrauchs und der Umstände zu entscheiden.

2. Der Disponent insbesondere ist befugt, alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte, welche die Verwaltung der ihm ganz oder theilweise**) anvertrauten Handlung in sich begreift, unter der Firma des Prinzipals zu schließen und vorzunehmen, ohne der sonst zu gewissen Handlungen erforderlichen Specialvollmacht zu bedürfen.***)

---

*) Dahin würde der aus dem A.L.R. II 8 §. 550 entnommene §. 56 des Entwurfs gehören, welcher füglich fortbleiben kann: „Ein Handlungsdiener, welcher die Quittung überbringt, gilt für beauftragt, die Zahlung zu empfangen. Dadurch (?) allein, daß ein Handlungsdiener die Waare oder die unquittirte Rechnung überbringt, ist noch nicht zu schließen, daß er zum Empfange der Zahlung beauftragt sei." Vgl. auch A.L.R. I 13 §. 130.

**) Z. B. wenn er einem Nebenetablissement, dem Export- oder Importgeschäft, dem Verlags- oder Sortimentsgeschäft vorsteht.

***) Der Entwurf dagegen enthält statt unserer No. 1 und 2 folgende Bestimmungen:

3. Die Procura des Disponenten ist in das Handelsregister einzutragen.

Das bestimmt auch der Entwurf in §. 2, ohne nachtheilige Folgen an die unterlassene Eintragung zu knüpfen.*) Nach vielen deutschen Gesetzen ist jedoch die Unterlassung der schriftlichen Ertheilung und Veröffentlichung der Procura, oder auch nur der letzteren, bald mit Strafe bedroht (z. B. in Hamburg und Oesterreich), bald mit deren Unverbindlichkeit, sei es zu Gunsten (wie in Preußen), oder zum Nachtheil des Prinzipals gegen Dritte (wie in Lübeck). Höchstens erscheint eine Geldstrafe gerechtfertigt.**)

Täuschungen Dritter, sei es über den Umfang der Procura oder über deren Fortbestand, sind möglichst zu verhindern. Die einfachen Maaßnahmen, welche zu diesem Zwecke schon das Römische Recht für den Faktor eines Ladengeschäfts aufstellt, reichen heute ebensowenig aus, als die Vorschrift, daß die Einschränkung und Aufhebung der Vollmacht durch Eintrag in das Handelsregister und demnächstige Veröffentlichung zur Kunde des Publikums gebracht werde (Entw. §. 46).

---

§. 43. Wer von dem Inhaber einer Handelsniederlassung (Prinzipal) den Auftrag erhält, in seinem Namen und für seine Rechnung die Geschäfte seiner Handelsniederlassung zu betreiben, ist Faktor (Handlungsvorsteher, Disponent).

§. 44. Der Auftrag des Faktors (die Prokura) erstreckt sich auf alle Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, welche die Verwaltung der Handelsniederlassung des Prinzipals mit sich bringt; sie ermächtigt zur Anstellung von Handlungsdienern und Bevollmächtigten; sie ersetzt die Specialvollmacht, insoweit diese nach den Gesetzen erforderlich ist.

§. 54. Ein Handlungsdiener ist nicht ermächtigt, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Prinzipals vorzunehmen. Wird er jedoch für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften im Handelsgewerbe des Prinzipals bestellt, so erstreckt sich der Auftrag auf alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung dieser besonderen Rechtsgeschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Dies gilt namentlich von Kassirern und Handlungsreisenden.

§. 55. Ein Handlungsdiener, welcher in einem Laden oder in einem Magazin angestellt ist, gilt für beauftragt, die Verkäufe und die Empfangnahmen, welche in dem Laden oder in dem Magazin gewöhnlich geschehen, an diesem Orte gleich einem Faktor vorzunehmen.

*) Die Sachverständigencommission will die Eintragung nur zulassen, nicht sie vorschreiben (Protok. S. 15).

**) Vgl. Gelpke Zeitschr. für Handelsrecht, Heft 3. S. 174 ff.

Man hat die verschiedenen Arten von Handlungsgehülfen zu unterscheiden.

Sind sie in untergeordneten Stellungen, z. B. als Kassirer, Laden- oder Lagerdiener in einem bestimmten Lokal (Comptoir, Laden, Magazin) angestellt, so ist jede Einschränkung oder Aufhebung der nach ihrer Anstellung vorauszusetzenden Vertretungsbefugniß gutgläubigen Dritten gegenüber völlig wirkungslos; selbst eine öffentliche Anzeige kann hier nicht genügen, da die Aufhebung der Procura durch die Fortdauer der Anstellung thatsächlich widerlegt wird, und die Kenntnißnahme der Beschränkung in solchem Falle Niemanden zugemuthet werden kann.

Man denke, daß in einem ausgedehnten Manufakturwaarengeschäft, welches 50 Ladendiener beschäftigt, 10 Ladendienern die Annahme von Zahlungen für die durch sie verkauften Waaren untersagt, daß diese Beschränkung, mit Nennung der Namen, durch das Handelsregister, die öffentlichen Blätter, durch Anschlag an dem Ladenlokal bekannt gemacht wäre — soll da der auswärtige Käufer, welcher nie von dieser Beschränkung vernommen hat, sein Geld verlieren, falls der Commis es dennoch annimmt und unterschlägt? oder soll der Käufer, dem zwar die Einschränkung, nicht aber der Name jedes einzelnen Ladendieners bekannt ist, genöthigt sein, sich bei dem, vielleicht gar nicht anwesenden Prinzipal nach den Namen der Commis zu erkundigen? Das wäre eine geradezu unerträgliche Belästigung des Publikums, und bei irgend lebhaftem Verkehr völlig undurchführbar. Hier muß durchgegriffen werden. Wer einem Gehülfen nicht volles Vertrauen schenken kann, mag ihn nicht offenkundig in einem Wirkungskreise anstellen, mit welchem naturgemäß eine gewisse Stellvertretungsbefugniß verknüpft ist.

Anders verhält es sich mit denjenigen Gehülfen, welche auch außerhalb des Geschäftslokals zur Eingehung von Rechtsgeschäften bevollmächtigt sind. Mit diesen wird ein Dritter vernünftiger Weise sich nur dann einlassen, wenn er über den Umfang ihrer Vollmacht sich besonders vergewissert hat. Eine Beschränkung ihrer präsumtiven Procura ist darum gar wohl zulässig, sofern nur dafür gesorgt wird, daß sie zur allgemeinen Kunde gelange; und die bloße Entlassung genügt für diese nicht, weil ihr die Erkennbarkeit nach außen hin abgeht. Ebenso wenig ist die Veröffentlichung des Eintrags im Handelsregister zureichend, sofern auswärtiger Geschäftsverkehr in Frage

kommt. Die Vorschriften des A.L.R's. (II. 8. §. 502—505. 530—536. vgl. mit I. 13. §. 97. 167 ff.) gewähren hier größere Sicherheit. Ist, wie üblich, obgleich nicht nothwendig, eine schriftliche Vollmacht ertheilt, so muß die Einschränkung in diese aufgenommen, und im Falle der Aufhebung die Procura dem Gehülfen abgenommen werden. Weigert sich dieser, so hat der Prinzipal, und nicht der gutgläubige Dritte, den mittlerweile entstehenden Schaden zu tragen. Ueberdies dürfte jede spätere Einschränkung oder Aufhebung durch Circulare an auswärtige Geschäftsfreunde und Insertion in auswärtigen Blättern kundzumachen sein.

An Stelle der §§. 46. 47. des Entwurfs*) wären demnach folgende Bestimmungen zu setzen:

4. Jede Einschränkung des vorauszusetzenden Umfangs der Procura ist in das Handelsregister des Bezirks, in welchem die Handelsniederlassung besteht, einzutragen, und, falls die Procura schriftlich ertheilt ist, in dieselbe aufzunehmen.

5. Jede spätere Einschränkung der ursprünglich ertheilten Procura ist durch Eintragung in das Handelsregister, sowie, nach Umständen, durch Circulare an die auswärtigen Geschäftsfreunde und Bekanntmachungen in öffentlichen Blättern zur öffentlichen Kunde zu

---

*) §. 46. Wird einem Faktor die Prokura unter der Beschränkung ertheilt, daß sie nur für einen gewissen Zweig des Handelsgewerbes gilt, oder daß sie nur unter gewissen Umständen ausgeübt werden soll, oder daß gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften ausgenommen sind, oder wird eine früher ertheilte Prokura in vorstehender Weise später beschränkt, so ist die Prokura oder ein die Beschränkung enthaltender Auszug in das Handelsregister des Bezirks, in welchem die Handelsniederlassung besteht, einzutragen. Wenn die Prokura durch Zeitablauf oder Widerruf erlischt, so ist eine Anzeige davon in das Handelsregister einzutragen.

§. 47. Wenn die Eintragung der Beschränkung oder der Beendigung der Prokura in das Handelsregister nicht geschehen ist, so kann der Prinzipal die Beschränkung oder Beendigung der Prokura einem Dritten nur insofern entgegensetzen, als er beweist, daß sie letzterem zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts bekannt gewesen ist. Ist dagegen die Beschränkung rc. eingetragen, so muß der Dritte sie gegen sich gelten lassen, sofern er nicht besondere Thatsachen nachweist, vermöge deren der Prinzipal sich nicht auf den Mangel der Prokura berufen kann.

bringen, und in der etwa ertheilten schriftlichen Vollmacht zu bemerken.

Für den Handlungsreisenden könnte allenfalls die Nothwendigkeit der Eintragung in das Handelsregister zweifelhaft erscheinen, da deren Geschäftskreis doch außerhalb des Etablissementsorts fällt.

6. Erlischt die Procura durch Zeitablauf oder Widerruf, so ist die etwaige schriftliche Vollmacht dem Gehülfen abzunehmen, und die Aufhebung in gleicher Weise wie die spätere Einschränkung bekannt zu machen.

7. Sind diese Vorschriften nicht beobachtet, so kann der Prinzipal die Beschränkung oder Beendigung der Procura einem Dritten nur insofern entgegensetzen, als dieselben dem letzteren bei Abschluß des Geschäfts erweislich bekannt waren. Einschränkungen der lediglich im Handelslokal angestellten Gehülfen können gutgläubigen Dritten niemals entgegengehalten werden.

Zweckmäßig wäre hier, nach dem Vorgang des gemeinen und Preußischen Rechts, beizufügen:*)

8. Der bloße Tod des Prinzipals hebt die Procura nicht auf. —

In den §§. 48. 52. alin. 2. u. 1048 No. 2. regelt der Entwurf die aus den Rechtsgeschäften der Disponenten und übrigen Handlungsgehülfen gegen Dritte entstehenden Beziehungen.

§. 48. Durch das Rechtsgeschäft, welches ein Faktor innerhalb der Gränze seines Auftrags im Namen des Prinzipals schließt, wird der Prinzipal dem Dritten gegenüber ebenso verpflichtet, als wenn er das Geschäft selber geschlossen hätte. Zwischen dem Faktor und dem Dritten erzeugt das Geschäft keine Rechte und Verbindlichkeiten.

Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn der Faktor, dessen Eigenschaft dem Dritten bekannt war, das Geschäft zwar nicht ausdrücklich im Namen des Prinzipals geschlossen hat, gleichwohl aber die Umstände ergeben, daß es für das Handelsgewerbe des letzteren geschlossen wurde.

---

*) Vgl. auch Protok. S. 15. 107.

§. 52. alin. 2. Hat der Faktor durch ein Handelsgeschäft, unter Ueberschreitung der Gränze seines Auftrags, sich einem Dritten verantwortlich gemacht, so sind die Rechte, welche von diesem gegen den Faktor geltend gemacht werden, nach Handelsrecht zu beurtheilen.

§. 1078. No. 2. Zur Competenz des Handelsgerichts gehören: Klagen gegen Faktoren, Handlungsreisende, Handlungsgehülfen oder Lehrlinge aus Handlungen, durch welche sie sich im Gewerbe ihres Prinzipals Dritten verantwortlich gemacht haben.

Im Wesentlichen sind diese Prinzipien nur zu billigen; aber es bedarf, zur Vermeidung der gerade in dieser bestrittenen Materie leicht auftauchenden Zweifel, einer präciseren Fassung, und der Berücksichtigung einiger nicht berührten Punkte.

Die Bestimmungen der §§. 52 und 1048, insofern sie die Beurtheilung nach Handelsrecht und der Competenz des Handelsgerichts angehen, sind unnöthig, weil selbstverständlich, insofern an sich ein Handelsgeschäft vorliegt.

Zwei Fälle sind hier scharf von einander zu sondern:*)

Erster Fall. Der Gehülfe contrahirt für den Prinzipal. Das ist stets anzunehmen, wenn er im Namen (unter der Firma) des Prinzipals das Rechtsgeschäft eingeht. Allein auch ohne Gebrauch der Firma, falls aus den Umständen sich klar ergiebt, daß beide Theile den Prinzipal als den Geschäftsherrn angesehen wissen wollten. Letzteres findet z. B. regelmäßig statt bei allen Rechtsgeschäften unter Gegenwärtigen, über welche nicht eine besondere Urkunde aufgenommen zu werden pflegt, wie der Leistung und Empfangnahme von Zahlungen und dem Abschluß von Handelsgeschäften im Geschäftslokal, bei dem Abschluß von Kaufverträgen, Befrachtungen 2c. auf der Börse ohne Vermittelung eines Mäklers u. s. w. Der Entwurf stimmt hiermit überein, obwohl die Fassung nicht erkennen läßt, daß zur Zeit des Geschäftsabschlusses beide Theile über die Person des wirklichen Contrahenten einverstanden sein mußten. Mit Recht hat man den früher vom Preußischen Obertribunal auf-

*) Vgl. namentlich Thöl Handelsrecht §. 24—29, und Ihering in seinen und Gerber's Jahrbüchern Heft 2. S. 312—350, sowie Thöl Ausgewählte Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands. Göttingen 1857 S. 6—20. Consequente Durchführung thut hier durchaus Noth. Man vergleiche nur die inconsequenten und praktisch nachtheiligen Vorschriften des Span. Handelsgesetzbuchs §. 177—179. 181. 182.

gestellten Grundsatz (Entsch. 16. S. 178) verlassen, daß bloßes Wissen des Dritten um die Factorqualität seines Contrahenten maaßgebend sein solle.

In diesem Falle erzeugt das Geschäft, sofern nur der Gehülfe innerhalb der wirklichen oder vorauszusetzenden Grenzen seiner Procura gehandelt hat, Rechte und Verbindlichkeiten nur für den Prinzipal, keine für den Gehülfen.

So lautet das Dogma des heutigen Civilrechts, des gemeinen, wie des Preußischen, Oesterreichischen und Französischen. Nur das bisherige Preußische Handelsrecht befindet sich noch in dem unklaren Uebergangsstadium der älteren gemeinrechtlichen Praxis, welche neben dem Prinzipal auch den Faktor haften läßt — freilich nicht, wie das Römische Recht, als Selbst- und Hauptschuldner, sondern nur als Vertreter des Prinzipals bis auf den Belauf des in seinen Händen befindlichen Handlungsfonds. So verkehrt diese Ansicht auch nach Römischem Recht ist, so liegt ihr doch nicht lediglich ein theoretisches Mißverständniß zu Grunde — vielmehr weist ihre noch immer große Verbreitung in der gemeinrechtlichen Praxis*) auf ein beachtenswerthes Verkehrsbedürfniß hin. Offenbar liegt es im Interesse des Dritten, welcher mit dem Gehülfen contrahirt hat, nicht an den vielleicht weit entfernten Prinzipal verwiesen zu werden — man denke an den Disponenten eines Nebenetablissements — sondern gegen den Gehülfen auf Befriedigung aus dem bei dem Letzteren befindlichen Vermögen des Prinzipals zu klagen. Es kann unter Umständen eben so sehr dem Interesse des Prinzipals gemäß sein, daß sein mit der Sachlage vorzugsweise vertrauter Gehülfe den Prozeß führe. Diesem Verkehrsbedürfniß leistet das Prinzip des heutigen Rechts, welches jede Klage gegen den Gehülfen ausschließt, kein Genüge; ja sogar alsdann, wenn der Gehülfe auch zur prozessualischen Vertretung des Prinzipals bevollmächtigt wäre, würde ihn wider Willen ein Dritter nicht belangen können, weil dieser aus dem zwischen Prinzipal und Gehülfen geschlossenem Mandat keine Rechte für sich herzuleiten vermag. In diesem letzten Falle mindestens, wo kein Interesse des Prinzipals gefährdet wird, erscheint es geboten, dem Gläubiger gegen den Gehülfen eine Klage zu gestatten (Vgl. auch

*) Vgl. Glück XIV. S. 196. 256. XV Seite 330. Seuffert's Archiv V S. 373. VII S. 47. VIII S. 351. Thöl Entscheidungsgründe S. 4. 5. Siehe auch v. Savigny Obligationenrecht II §. 57 not h.

A.L.R. I. 13. §. 157. 158). Ist dieser dagegen nicht mit der passiven prozessualischen Vertretung des Prinzipals beauftragt, so muß die Klage nothwendig gegen den letzteren gerichtet werden. An Sicherungsmitteln, z. B. durch Arrestschlag, wird es erforderlichen Falls dem Gläubiger nicht fehlen.

Man könnte noch die Frage aufwerfen, ob nicht, mit dem Römischen Recht, das Klagerecht des Dritten gegen den Prinzipal daran geknüpft werden solle, daß er sich von dem materiellen Zusammenhang des beabsichtigten Geschäfts mit der ertheilten Procura überzeuge, z. B. daß der Disponent wirklich eines bedeutenden Darlehns zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebs bedürfe. Ich glaube jedoch nicht zu irren, wenn ich diesen Grundsatz der Natur eines jeden größeren Handelsverkehrs unangemessen und unserem Rechtsbewußtsein entschieden widerstrebend finde — gegen wirkliche Collusionen mit betrügerischen Gehülfen reichen die gewöhnlichen Schutzmittel, namentlich die exceptio doli, vollkommen aus.

Hat dagegen in diesem ersten Falle der Gehülfe die Grenzen seiner Vollmacht überschritten, oder sich fälschlich für einen Faktor (überhaupt, oder daß er es noch sei) ausgegeben, so haftet der Prinzipal nur im Fall der Genehmigung oder aus der etwaigen Bereicherung; es sei denn, daß der Dritte die Grenzen oder das Erlöschen der Procura weder kennt noch auch kennen mußte. Der Gehülfe dagegen haftet dem gutgläubigen Dritten schlechthin, dem wissenden nur aus einem etwaigen Ratihabitionsversprechen.

Alle diese Punkte sind gar nicht, oder nur indirekt berührt. Auch erscheint es im Interesse des Geschäftsverkehrs geboten, an die unterlassene alsbaldige Mißbilligung der Vollmachtsüberschreitung die Fiktion zu knüpfen, daß der Prinzipal die Ueberschreitung genehmige.*)

Zweiter Fall. Der Gehülfe contrahirt für sich, also regelmäßig, wenn er im eigenen Namen auftritt. Wegen des Verbots eigenen Geschäftsbetriebs wird dieser Fall meist nur mit Bewilligung des Prinzipals vorkommen. Alsdann wird nur er berechtigt und verpflichtet. Die erworbenen Rechte gehen, wenigstens in der Regel,

---

*) Das geltende Preußische Recht verpflichtet den Prinzipal nur zum Ersatz des durch die unterlassene Mißbilligung dem Dritten erwachsenen Schadens. A.L.R. II. 8. §. 510. I. 13. §. 146. Für die durchgreifendere Wirkung der Unterlassung entscheidet sich auch der Würtembergische Entwurf Art. 66.

nur durch Cession auf den Prinzipal über; die eingegangenen Verpflichtungen treffen ihn niemals, selbst nicht auf Höhe seiner etwaigen Bereicherung. Es liegt kein Grund vor, mit einzelnen Lehrern des gemeinen Rechts und dem Preußischen Gesetzbuch, die Bereicherungsklage auch in diesem Falle zuzulassen. —

Hiernach hätte das Gesetzbuch, statt der §§. 48. 52. 1048, etwa folgende Sätze aufzunehmen.

9. Aus den Rechtsgeschäften, welche der Handlungsgehülfe unter der Firma des Prinzipals schließt, wird nur dieser dem Dritten gegenüber berechtigt; verpflichtet — abgesehen von etwaiger Genehmigung oder Bereicherung — nur insofern, als der Gehülfe innerhalb der wirklichen oder von dem Gläubiger mit Fug vorauszusetzenden Grenzen seiner Procura gehandelt hat.

Der Gehülfe haftet dem Dritten nur alsdann, wenn er die Grenzen seiner Procura überschritten hat; wußte der Dritte um die Ueberschreitung, so ist die Haftung des Gehülfen durch das Versprechen, die Genehmigung des Prinzipals zu beschaffen, bedingt.

10. Erstreckt sich der Auftrag des Gehülfen auch auf die processualische Vertretung des abwesenden Prinzipals, so darf auch gegen den Ersteren geklagt, und das Urtheil in den unter ihm befindlichen Handlungsfond vollstreckt werden.

11. Es wird angenommmen, daß der Prinzipal die Vollmachtsüberschreitung des Gehülfen genehmigt habe, falls derselbe unterläßt, alsbald nach erhaltener zuverlässiger Nachricht von derselben, dem Gehülfen oder dem Dritten gegenüber seine Mißbilligung zu erklären.

12. Diese Grundsätze (sub 9—11) kommen auch dann zur Anwendung, wenn der Gehülfe zwar nicht ausdrücklich unter der Firma des Prinzipals contrahirt hat, jedoch die Umstände ergeben, daß beide Theile bei Abschluß des Geschäfts den Prinzipal als den eigentlichen Geschäftsherrn angesehen wissen wollten.

13. Hat, abgesehen von diesem Falle, der Gehülfe

im eigenen Namen contrahirt, so erzeugt das Geschäft unmittelbare Rechte und Verbindlichkeiten nur für ihn, keine für den Prinzipal. —

In Betreff der Verantwortlichkeit für die *Vergehen* der Geschäftsgehülfen, bestimmt der Entwurf in §. 49, und fast gleichlautend §. 58:

„Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen ein Faktor durch unerlaubte Handlungen *in Ausführung eines Geschäfts, auf das sich sein Auftrag erstreckt* (§. 58: in Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen) einem Dritten zugefügt hat." Vgl. auch die analoge Bestimmung des §. 120 für Schadenszufügungen eines Gesellschafters.

Die Quelle dieser Bestimmung, der Code civil 1384 oder auch eine in der gemeinrechtlichen Praxis weit verbreitete Ansicht, lassen über den Sinn derselben keinen Zweifel. Um so nothwendiger ist es, ihre Tragweite ins Auge zu fassen. Nach demselben würde der Prinzipal haften, dessen Commis im Laden einen Kunden bestiehlt, dessen Kassirer einen zur Zahlungsempfangnahme anwesenden Geschäftsfreund prügelt, dessen Handlungsreisender einem Concurrenten bei seinen Abnehmern durch Verläumdungen zu schaden sucht, dessen Rollknecht einen Knaben überfährt oder durch Herabwerfen eines Ballens verletzt; ein Fuhrherr, dessen Kutscher einen Fahrgast tödtet u. s. w. In allen diesen Fällen ist das Delict bei Ausführung der dem Gehülfen obliegenden Verrichtungen geschehen.

Weder das gemeine, noch das bestehende Preußische Recht erkennen eine so weite Haftungspflicht an. Für schuldbare Verletzung eines an sich den Prinzipal verbindenden Rechtsgeschäfts, sei es bei dessen Eingehung oder bei dessen Erfüllung, haftet derselbe allerdings; für andere Delicte dagegen, insofern er sie nicht geheißen hat, gemeinrechtlich niemals*); nach Preußischem Recht subsidiarisch für Zolldefraudationen, in anderen Fällen nur alsdann, wenn derselbe schuldbarer Weise einen untüchtigen oder unzuverlässigen Gehülfen angestellt hat (A. L. R. II. 8. §. 515—519. I. 6. §. 50—53. Zollges. vom 23. Jan. 1838.).

---

*) Auf diese Controverse kann hier nicht näher eingegangen werden. Doch bricht die richtige Ansicht auch in der Praxis sich immer mehr Bahn. Vgl. Seuffert II. S. 230. IV. S. 74. VI. S. 253.

Auch hält der Entwurf an seinem Prinzip nicht fest; denn für Delicte des Schiffers läßt er den Rheder nur subsidiarisch einstehen, und nur auf Höhe des Schiffsguts, durch dessen Abandon er jeder Verbindlichkeit ledig wird (Entw. §. 474. 475. 641). Gerade den Rheder müßte das höchste Maaß zulässiger Verantwortlichkeit treffen.

Nach unserer Ansicht wäre zweckmäßig ein Mittelweg einzuschlagen. Allerdings übernimmt der Prinzipal durch Anstellung eines Gehülfen keine allgemeine Garantie gegen das Publikum: nur gegen diejenigen, mit welchen er in Geschäftsverbindung tritt, und lediglich in Bezug auf diese. Allein im gewöhnlichen Leben wird gar großes Gewicht auf die Stellung in einem angesehenen Handlungshause gelegt — das persönliche Vertrauen, und damit die Gefahr des Mißbrauchs, gegen eine solche Person ist größer; die Gelegenheit zu Verletzungen Dritter ist in vielen Beziehungen erweitert. Im heutigen gemeinen Recht findet sich hier eine Lücke durch den Wegfall der Noxalklagen, welche das praktische Bedürfniß des Römischen Handelsverkehrs, dem hauptsächlich Sklaven als Geschäftsgehülfen dienten, befriedigten. Diese Lücke wird dadurch auszufüllen sein, daß man den Prinzipal subsidiarisch insofern für reine Delicte seiner Geschäftsgehülfen einstehen läßt, als derselbe erweislich schuldbarer Weise untüchtige oder unzuverlässige Personen angestellt oder deren Beaufsichtigung unterlassen hat. Für Zollvergehen dürfte es bei der unbedingten subsidiarischen Haftung des Preußischen Rechts verbleiben.

VIII. Von den Handelsmäklern.

Der achte Titel (§. 65—84) bestimmt den Begriff der Handelsmäkler, den Umfang ihrer Geschäftsverrichtungen; ihre Pflichten; die Beweiskraft der Mäklerbücher und Mäkleratteste; ihre Rechte in Ansehung der Courtage.

Zwei Vorfragen müssen zunächst erledigt werden.

I. Wohl überall haben die öffentlich angestellten Mäkler ein Privileg auf die gewerbmäßige Vermittelung von Handelsgeschäften überhaupt oder innerhalb des ihnen zugewiesenen Handelszweiges. Jeder Eingriff in ihre Zunftrechte ist verboten, den Büchern und Attesten der Winkelmäkler kommt keine beweisende Kraft zu; die von diesen vermittelten Geschäfte sind, nach vielen Partikularrechten, un=

gültig; sie selbst, mitunter sogar die Contrahenten, welche sich ihrer bedienen, strafbar.*)

Diese gewöhnlichen Beschränkungen haben das theoretische Mißverständniß hervorgerufen, es sei dem Begriff des Mäklers die öffentliche Anstellung eigenthümlich, und hieran knüpfte sich die gefährliche Consequenz, daß die für das Mäklerwesen durch Usance ausgebildeten Rechtsgrundsätze lediglich den angestellten Mäkler beträfen, alle übrigen gewerbmäßigen Vermittler in Handelssachen hingegen durchaus nach civilrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen seien.

Darin liegt ein doppelter Mißgriff. Einmal, weil angestellte Mäkler sich häufig nur an größeren Handelsplätzen finden, während an kleineren Orten die Mäklergeschäfte von Kaufleuten oder auch besonders concessionirten Personen, sogenannten Geschäftscommissionairen, betrieben zu werden pflegen. Sodann weil in den bedeutenden Handelsstädten eine sehr beträchtliche Zahl von Winkelmäklern zu existiren pflegt, denen gegenüber die exclusive Gewerbsberechtigung der angestellten Mäkler aufrecht zu erhalten, mit mannigfachen Bedenken für den Handelsverkehr verknüpft ist. Namentlich die Erfahrungen der Berliner Börse während der letzten Jahre zeigen die Unmöglichkeit, dergleichen Ueberschreitungen durch Strafen und polizeiliche Ueberwachungsmaßregeln Einhalt zu thun. Ein gewandter Geschäftsmann erwirbt leicht das Vertrauen des Publikums, und trägt über seinen patentirten Collegen nur zu häufig den Sieg davon. Aber die Ungesetzlichkeit und Schutzlosigkeit seiner Stellung verleitet gerade ihn zu leichtsinnigen Operationen, und nöthigt, wider die eigentliche Intention der Parteien, ein reines Mäklergeschäft unter der Hülle eines erlaubten Commissionsgeschäfts zu verstecken.

Der Preußische Handelsstand, vertreten in seinen Handelskammern und Kaufmannscorporationen, hat denn auch, auf eine Anfrage des Handelsministers, sich in großer Einmüthigkeit für völlige Freigebung der Mäklergeschäfte ausgesprochen.**)

Es steht nicht zu befürchten, daß in solchem Falle das wichtige Institut der angestellten Mäkler ganz überflüssig würde. Werden zu

*) Der Entwurf setzt weder Ungültigkeit noch Strafe fest. Auch nach bestehendem Preußischem Recht sind nur die Winkelmäkler strafbar, und die Geschäfte sind gültig, ausgenommen wenn ein angestellter Mäkler dieselben mit Ueberschreitung seines Berufskreises vermittelt hat.

**) So auch die Berliner Commission (Protok. S. 20).

diesem Berufe nur solche Personen bestellt, welche durch Ehrenhaftigkeit und Sachkenntniß des Vertrauens der Kaufmannschaft sich würdig zeigen, so muß diesen schon ihre amtliche Stellung ein großes Uebergewicht über die Privatmäkler gewähren; die Garantieen für ihre Unparteilichkeit sind verstärkt durch das Verbot eigenen Handelsbetriebes, die Gewähr für ihre Sorgsamkeit und Gewissenhaftigkeit durch die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Führung gewisser Bücher und zur alsbaldigen Aufzeichnung der durch sie vermittelten Geschäfte. Wer es für erforderlich erachtet, den künftigen Beweis des Geschäftsabschlusses und seines Inhalts zu sichern, wird sich ihrer Vermittlung bedienen. Ihnen allein mag die offizielle Feststellung der laufenden Waarenpreise zustehen, und werden die verschiedenartigen Funktionen zu belassen sein, welche partikularrechtlich den angestellten Mäklern neben ihrem Vermittelungsberuf zuzustehen pflegen, wie die Abhaltung von Versteigerungen, die Aufstellung von Taxen, die Abfassung von Versicherungsverträgen u. dgl. mehr.

Die Privatmäkler haben an alledem keinen Theil. Nur in Betreff des Courtageanspruchs dürfen sie weder besser noch schlechter gestellt sein als die privilegirten Genossen. Führen sie Bücher und ertheilen sie Schlußnoten, so mag deren Beweiskraft schlechthin nach allgemeinen Grundsätzen bemessen werden.

Wir wünschen, daß das Deutsche Handelsgesetzbuch diesen durchaus unverfänglichen Schritt auf der Bahn der Gewerbefreiheit vorwärts thue.

In diesem Falle wären die allen Mäklern gemeinschaftlichen Grundsätze voranzuschicken, die den angestellten Mäklern eigenthümlichen nachfolgen zu lassen; oder, mit Voranstellung der für die öffentlichen Mäkler überhaupt geltenden Prinzipien, am Schlusse zu bestimmen, welche Regeln auch auf den Privatmäkler Anwendung finden sollen.

II. Eine zweite Vorfrage betrifft diejenigen Punkte, welche wesentlich dem öffentlichen Recht: dem Gewerbepolizeirecht, angehören.

Das Gesetzbuch hat diese vollständig aus seinem Bereiche auszuschließen, und der Partikular= oder Lokalgesetzgebung zu überlassen.

Die Gewerbsverhältnisse innerhalb eines jeden größeren Staates, geschweige denn in ganz Deutschland, sind so verschiedenartig gestaltet, und naturgemäß einer so häufigen Aenderung unterworfen, daß eine durchgreifende Regelung ebenso unmöglich erscheint, als insbe=

sondere die einem Deutschen Gesetzbuch durchaus nöthige Gewähr dauernden Bestandes.

Hierhin zählen wir nicht allein (wie der Entwurf §. 84) diejenigen Bestimmungen, welche die Anstellung der Mäkler, die Höhe ihrer Caution, die Bestrafung beruflicher Pflichtverletzungen angehen, sondern insbesondere auch folgende im Entwurf behandelten Punkte: die Cautionspflichtigkeit überhaupt (§. 65 alin. 3), die Art ihrer Beeidigung (§. 65 alin. 2), und vorzugsweise die Ueberweisung gewisser Geschäfte, welche über die bloße Vermittelungsthätigkeit hinaus liegen, wie von Waarenauctionen und des Schiffsabrechnerwesens (§. 69. 70). —

Im Einzelnen ist Folgendes zu erinnern:

Die Begriffsbestimmung des §. 65 „Die Handelsmäkler sind die gesetzlichen Vermittler für Handelsgeschäfte" ist, nach der obigen Erörterung, unzutreffend. Eine Definition erscheint im Handelsgesetzbuch überhaupt unnöthig; allenfalls müßte sie lauten: die Handelsmäkler sind die gewerbmäßigen Vermittler für Handelsgeschäfte aller Art. Durch die letzten Worte würde zugleich die schleppende und doch nicht vollständige Aufzählung der verschiedenen Arten von Handelsgeschäften, deren Vermittelung ihnen zusteht (Entw. §. 66), vollends überflüssig.

Der §. 67. „Die Anstellung der Handelsmäkler geschieht entweder im Allgemeinen für alle Arten von Mäklergeschäften oder nur für einzelne Arten derselben" enthält einen Lehrbuchssatz, und gehört überdies dem Gewerbepolizeirecht an.

§. 68 regelt zweckmäßig die ihnen zustehende officielle Feststellung und Notirung der Tageskurse.

§. 71 führt in 7 Nummern die Pflichten der Handelsmäkler auf.

Zur Wahrung ihrer Unpartheilichkeit ist ihnen der Betrieb von Propre- und Commissionsgeschäften für eigene Rechnung, die Annahme einer Handlungsgehülfenstelle, die Bildung von Gesellschaften zum gemeinschaftlichen Betrieb von Mäklergeschäften untersagt. Mit dem Französischen und Oesterreichischen Rechte ist ihnen ferner verboten, „für die Vollziehung der Geschäfte, welche sie vermitteln, sich verbindlich zu machen oder Bürgschaft zu leisten." Die wider Verbot für eigene Rechnung geschlossenen oder vermittelten Geschäfte sind jedoch gültig — ja die Fassung läßt es zweifelhaft, inwiefern auch nur die Garantieübernahme ungültig sein soll (No. 1—3).

Es wäre freilich consequenter und vielleicht (?) auch wirksamer an die Uebertretung dieser Verbote entweder die völlige Nichtigkeit der geschlossenen Verträge, oder doch deren Ungültigkeit für den Mäkler und die mit der Ueberschreitung bekannte Partei zu knüpfen*), aber praktischer ist es gewiß, nach dem Vorgang der Preußischen und Französischen Praxis**), die Verletzung der Berufspflicht nur mit Disciplinarstrafen zu ahnden. Bedenklicher erscheint das unbedingte Verbot der Garantieübernahme. Ein Delcrederestehen des Mäklers namentlich des Wechselmäklers***) und bei Waarenversteigerungen kommt häufig vor, und entspricht dem Bedürfniß des Verkehrs in solchen Fällen, wo die Contrahenten einander nicht näher kennen. Auch hält der Entwurf selbst eine Ausnahme für erforderlich, indem §. 81 den Mäkler für die Aechtheit der letzten Unterschrift eines durch seine Vermittelung veräußerten Handelspapiers haften läßt. Soll aber gesetzlich für die Identität eines Contrahenten gehaftet werden, warum nicht auch vertragsmäßig für dessen Solvenz? Eine Gefährdung der Unparteilichkeit ist hier kaum zu befürchten****).

No. 4 untersagt ihnen die Bestellung von Substituten; im Nothfall darf ein anderer angestellter Mäkler die begonnene Unterhandlung fortsetzen. Damit dürften sie auch der Verantwortlichkeit für den erwählten Substituten enthoben sein. Modificationen nach Lokalbedürfniß, wie z. B. in Hamburg und Frankfurt, sind dadurch nicht ausgeschlossen, doch werden sie auf das nothwendigste Maaß einzuschränken sein.

No. 6 beschränkt die Vermittelung der Mäkler auf Geschäfte unter persönlich Anwesenden: „Sie dürfen zu keinem Geschäfte die Einwilligung der Parteien anders annehmen, als durch ausdrückliche und persönliche Erklärung; es ist den Mäklern weder erlaubt, von Abwesenden Aufträge zu übernehmen, noch sich zur Vermittelung eines Unterhändlers zu bedienen.“

---

*) Vgl. Reichshandelsges. Motive zu tit. 4 art. 21.

**) Entscheidungen des Obertribunals 16 S. 261. Les Codes annotés de Sirey, ed. par Gilbert zum Code de comm. art. 85. 86. Gelpke Zeitschr. f. Handelsr. Heft 3. S. 27. 28.

***) Span. Handelsges. art. 90. Portug. art. 118. Brasil. art. 55.

****) Die Majorität der Berliner Commission will eine Verpflichtung in Betreff der Ausführung der übernommenen Vermittelung zu einem bestimmten Preise gestatten (Protok. S. 23).

Das gemeine Recht stellt einen solchen Grundsatz nicht auf*), — in dem bestehenden Preußischen wird er vorausgesetzt (A.L.R. II 8. §. 1359). Für ihn sprechen überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe**), und er ist unnachtheilig, so fern nur Abwesenden gestattet wird, durch Bevollmächtigte (Handlungsgehülfen und sonstige Beauftragte z. B. im Namen ihrer Committenten handelnde Commissionäre, Mäkler) sich vertreten zu lassen. Auch diese, mit dem Entwurf des Reichshandelsgesetzbuchs ausschließen zu wollen, ist ganz unthunlich, und widerspricht dem Handelsgebrauch. Zur Vermeidung von Mißverständnissen wäre daher No. 6 etwa so zu fassen: „Sie dürfen zu keinem Geschäfte den Auftrag und die Einwilligung der Parteien anders annehmen, als durch (ausdrückliche und) persönliche Erklärung derselben oder ihrer Bevollmächtigten, und sind verbunden, den empfangenen Auftrag persönlich auszuführen."

Die No. 5 und 7 des §. 71, und die §§. 73. 74. 80 regeln die Verpflichtungen des Mäklers gegen die Parteien, welchen seine Vermittelungsthätigkeit dient. Ganz unverfänglich ist die Verbindlichkeit zur Führung von Hand- und Tagebuch behufs Notirung der vermittelten Geschäfte (§. 71 No. 7) zur Zustellung von Schlußnoten und Journalauszügen (§. 73. 74) — auf beide Punkte soll noch näher eingegangen werden —, zur Aufbewahrung von Proben im Falle eines nach Probe geschlossenen Kaufvertrages (§. 80). Nur die Anordnung müßte übersichtlicher sein.

Um so bedenklicher erscheint die im §. 71 No. 5 aufgestellte Vorschrift:

> „Sie sind zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet, soweit nicht das Gegentheil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäfts geboten ist."

Die Quelle dieses Satzes ist nicht etwa das A.L.R. II 8. §. 1349: „Jeder Mäkler muß die ihm anvertrauten Geheimnisse treulich bewahren," sondern der art. 19 des noch jetzt zu Recht bestehenden arrêté vom 27. prairial an X concernant les bourses de commerce:

---

*) Vgl. Beseler System des gemeinen Deutschen Privatrechts III S. 279. Würtemb. Entw. Motive S. 104.

**) Beseler a. a. O. und Reichshandelsges. Motive zu tit. 4 art. 7.

Les agents de change devront garder le secret le plus inviolable aux personnes qui les auront chargés de négociations, à moins que les parties ne consentent à être nommées, ou que la nature des opérations ne l'exige.

Auf diesem Gesetz fußt die Französische Praxis, welche den Wechsel- und Fondsmäkler, den agent de change, im Gegensatz zum Courtier, in den meisten Beziehungen als Commissionär, und nicht als Mäkler, behandelt*).

Ein Deutsches Gesetzbuch hat keinen Grund, diesem Zwitterinstitut irgend welchen Vorschub zu leisten — die Deutschen Börsen bedürfen keiner privilegirten Kasse von Wechselagenten mit käuflichen Stellen und ungeheuren Cautionen. Es muß an dem bisherigen und allein richtigen Prinzip strenge festgehalten werden, welches den Mäklern jedes Auftreten im eigenen Namen untersagt, selbst dann, wenn sie auch zum Abschluß, nicht zur bloßen Unterhandlung, ermächtigt sind**). Durch das Verbot, auch nur als Commissionäre Handelsgeschäfte zu betreiben (§. 71 No. 1), hat der Entwurf dieses Prinzip adoptirt; es darf nicht durch eine seiner Fassung und seiner Quelle nach zweideutige Vorschrift in Frage gestellt werden.

Sehr viel nothwendiger erscheint die Erledigung der wichtigeren Streitfrage, ob im Zweifel ein Mäkler zur bloßen Unterhandlung oder auch zum Abschlusse befugt sei. Der Entwurf entscheidet sich nicht, da er die Annahme der Schlußnote durch die Parteien für einflußlos in Ansehung der Perfektionsfrage erklärt (§. 76). Der Würtembergische Entwurf art. 93, welcher im Zweifel eine besondere Genehmigung zum Abschluß erfordert, geht von der weitverbreiteten Ansicht aus, daß der Mäkler als bloßes Instrument (nuntius) zu behandeln sei***). Diese Auffassung ist jedoch entschieden zu

*) Gut hierüber Delamarre et Lepoitvin traité du contrat de commission I p. 23—26. 331 ff. Auch die Wiener Börsen-Ordnung vom 11/7 54 §. 26 hat das Französische Prinzip adoptirt.

**) Vgl. namentlich A.L.R. II 8. §. 1325. 1330. 1331. 1359. Lüb. Makkerordn. v. 26/6 22 art. 9. Hamburger Rev. Mäklerordnung v. 9/12 24. §. 10. Thöl Entscheidungsgründe S. 7. 8.

***) Das behauptet nun auch Fischer Preußens kaufm. Recht S. 187 ff., und bemüht sich überdies, in fortgesetzter Verwechselung von Mandatar und Stellvertreter und in unglaublich verkehrter Weise darzuthun, daß der Mäkler gar kein Bevollmächtigter sei, sondern nur einen Auftrag erhalte!

eng. Es kommt darauf an, wie weit der ertheilte Auftrag sich erstreckt. Hat er blos ein Anerbieten zu überbringen, eine Erklärung zu melden, so ist er allerdings bloßer Bote. In der Regel thut er aber mehr; er wirkt auf die Entschlüsse eines oder gar beider Theile ein: er unterhandelt und vermittelt; er schließt auch häufig für den Einen mit dem Anderen ab; er ist endlich eine Art von Urkundsperson, indem er den übereinstimmenden Willen Beider auf sichere Weise feststellt; übrigens gleichviel ob er selbst die Uebereinstimmung zu Wege gebracht oder gemeldet hat, oder ob die Contrahenten das ohne ihn zu Stande gekommene Geschäft ihm lediglich zur Registrirung anzeigen. Der Mäkler kann also, um mit einem neueren Schriftsteller *) zu sprechen, bloßer Gehülfe (als Bote), wirklicher Stellvertreter, und endlich Theilnehmer (als Urkundsperson) sein — er darf niemals Ersatzmann sein, d. h. niemals ein Geschäft mit Verschweigung seines Auftraggebers abschließen. Wirklicher Stellvertreter ist er entweder in Beziehung auf die bloße Unterhandlung, oder für den Abschluß. Im Zweifel ist wohl anzunehmen, daß ein fest ertheilter, und auch die Person desjenigen, mit welchem der Mäkler in Unterhandlung treten soll, genau bezeichnender Auftrag die Ermächtigung zum Abschluß ohne weitere Rückfrage bei dem Auftraggeber in sich schließe.

Es ist ferner, nach dem Vorgang neuerer Gesetzbücher, festzustellen, daß durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten (Sorgfalt, Treue, Verschwiegenheit) die Mäkler nicht allein ihren Auftraggebern, sondern auch der andern Partei, von welcher sie keinen Auftrag empfangen haben, sich verantwortlich machen **), da mindestens gemeinrechtlich diese Verantwortlichkeit im Falle bloßer Nachlässigkeit keineswegs zweifellos ist ***). Einer Aufzählung dieser Pflichten bedarf es nicht; soweit sie nicht im Gesetzbuch besonders bestimmt sind, ergeben sie sich aus den Prinzipien des Mandatsvertrages.

Ueber die Führung und Einrichtung der Mäklerbücher enthält der Entwurf folgende Vorschriften (§. 71 No. 7. §. 72):

---

*) Ihering in seinen und Gerber's Jahrbüchern Heft 2 No. VII.

**) Sächs. Gesetz v. 21/9 33 art. 3. 4. Lüb. Maklerordn. v. 26/6 22 art 8. 10. Span. Handelsges. art. 82. 84. 85. Portug. art. 111. 113. Brasil. art. 52. 57. 58.

***) Vgl. Ihering a. a. O. S. 280 ff.

nur durch Cession auf den Prinzipal über; die eingegangenen Verpflichtungen treffen ihn niemals, selbst nicht auf Höhe seiner etwaigen Bereicherung. Es liegt kein Grund vor, mit einzelnen Lehrern des gemeinen Rechts und dem Preußischen Gesetzbuch, die Bereicherungsklage auch in diesem Falle zuzulassen. —

Hiernach hätte das Gesetzbuch, statt der §§. 48. 52. 1048, etwa folgende Sätze aufzunehmen.

9. Aus den Rechtsgeschäften, welche der Handlungsgehülfe unter der Firma des Prinzipals schließt, wird nur dieser dem Dritten gegenüber berechtigt; verpflichtet — abgesehen von etwaiger Genehmigung oder Bereicherung — nur insofern, als der Gehülfe innerhalb der wirklichen oder von dem Gläubiger mit Fug vorauszusetzenden Grenzen seiner Procura gehandelt hat.

Der Gehülfe haftet dem Dritten nur alsdann, wenn er die Grenzen seiner Procura überschritten hat; wußte der Dritte um die Ueberschreitung, so ist die Haftung des Gehülfen durch das Versprechen, die Genehmigung des Prinzipals zu beschaffen, bedingt.

10. Erstreckt sich der Auftrag des Gehülfen auch auf die processualische Vertretung des abwesenden Prinzipals, so darf auch gegen den Ersteren geklagt, und das Urtheil in den unter ihm befindlichen Handlungsfond vollstreckt werden.

11. Es wird angenommmen, daß der Prinzipal die Vollmachtsüberschreitung des Gehülfen genehmigt habe, falls derselbe unterläßt, alsbald nach erhaltener zuverlässiger Nachricht von derselben, dem Gehülfen oder dem Dritten gegenüber seine Mißbilligung zu erklären.

12. Diese Grundsätze (sub 9—11) kommen auch dann zur Anwendung, wenn der Gehülfe zwar nicht ausdrücklich unter der Firma des Prinzipals contrahirt hat, jedoch die Umstände ergeben, daß beide Theile bei Abschluß des Geschäfts den Prinzipal als den eigentlichen Geschäftsherrn angesehen wissen wollten.

13. Hat, abgesehen von diesem Falle, der Gehülfe

im eigenen Namen contrahirt, so erzeugt das Geschäft unmittelbare Rechte und Verbindlichkeiten nur für ihn, keine für den Prinzipal. —

In Betreff der Verantwortlichkeit für die Vergehen der Geschäftsgehülfen, bestimmt der Entwurf in §. 49, und fast gleichlautend §. 58:

„Der Prinzipal ist für den Schaden verantwortlich, welchen ein Faktor durch unerlaubte Handlungen in Ausführung eines Geschäfts, auf das sich sein Auftrag erstreckt (§. 58: in Ausführung der ihm obliegenden Verrichtungen) einem Dritten zugefügt hat.“ Vgl. auch die analoge Bestimmung des §. 120 für Schadenszufügungen eines Gesellschafters.

Die Quelle dieser Bestimmung, der Code civil 1384 oder auch eine in der gemeinrechtlichen Praxis weit verbreitete Ansicht, lassen über den Sinn derselben keinen Zweifel. Um so nothwendiger ist es, ihre Tragweite ins Auge zu fassen. Nach demselben würde der Prinzipal haften, dessen Commis im Laden einen Kunden bestiehlt, dessen Kassirer einen zur Zahlungsempfangnahme anwesenden Geschäftsfreund prügelt, dessen Handlungsreisender einem Concurrenten bei seinen Abnehmern durch Verläumdungen zu schaden sucht, dessen Rollknecht einen Knaben überfährt oder durch Herabwerfen eines Ballens verletzt; ein Fuhrherr, dessen Kutscher einen Fahrgast tödtet u. s. w. In allen diesen Fällen ist das Delict bei Ausführung der dem Gehülfen obliegenden Verrichtungen geschehen.

Weder das gemeine, noch das bestehende Preußische Recht erkennen eine so weite Haftungspflicht an. Für schuldbare Verletzung eines an sich den Prinzipal verbindenden Rechtsgeschäfts, sei es bei dessen Eingehung oder bei dessen Erfüllung, haftet derselbe allerdings; für andere Delicte dagegen, insofern er sie nicht geheißen hat, gemeinrechtlich niemals*); nach Preußischem Recht subsidiarisch für Zolldefraudationen, in anderen Fällen nur alsdann, wenn derselbe schuldbarer Weise einen untüchtigen oder unzuverlässigen Gehülfen angestellt hat (A. L. R. II. 8. §. 515—519. I. 6. §. 50—53. Zollges. vom 23. Jan. 1838.).

*) Auf diese Controverse kann hier nicht näher eingegangen werden. Doch bricht die richtige Ansicht auch in der Praxis sich immer mehr Bahn. Vgl. Seuffert II. S. 230. IV. S. 74. VI. S. 258.

Auch hält der Entwurf an seinem Prinzip nicht fest; denn für Delicte des Schiffers läßt er den Rheder nur subsidiarisch einstehen, und nur auf Höhe des Schiffsguts, durch dessen Abandon er jeder Verbindlichkeit ledig wird (Entw. §. 474. 475. 641). Gerade den Rheder müßte das höchste Maaß zulässiger Verantwortlichkeit treffen.

Nach unserer Ansicht wäre zweckmäßig ein Mittelweg einzuschlagen. Allerdings übernimmt der Prinzipal durch Anstellung eines Gehülfen keine allgemeine Garantie gegen das Publikum: nur gegen diejenigen, mit welchen er in Geschäftsverbindung tritt, und lediglich in Bezug auf diese. Allein im gewöhnlichen Leben wird gar großes Gewicht auf die Stellung in einem angesehenen Handlungshause gelegt — das persönliche Vertrauen, und damit die Gefahr des Mißbrauchs, gegen eine solche Person ist größer; die Gelegenheit zu Verletzungen Dritter ist in vielen Beziehungen erweitert. Im heutigen gemeinen Recht findet sich hier eine Lücke durch den Wegfall der Noxalklagen, welche das praktische Bedürfniß des Römischen Handelsverkehrs, dem hauptsächlich Sklaven als Geschäftsgehülfen dienten, befriedigten. Diese Lücke wird dadurch auszufüllen sein, daß man den Prinzipal subsidiarisch insofern für reine Delicte seiner Geschäftsgehülfen einstehen läßt, als derselbe erweislich schuldbarer Weise untüchtige oder unzuverlässige Personen angestellt oder deren Beaufsichtigung unterlassen hat. Für Zollvergehen dürfte es bei der unbedingten subsidiarischen Haftung des Preußischen Rechts verbleiben.

VIII. Von den Handelsmäklern.

Der achte Titel (§. 65—84) bestimmt den Begriff der Handelsmäkler, den Umfang ihrer Geschäftsverrichtungen; ihre Pflichten; die Beweiskraft der Mäklerbücher und Mäkleratteste; ihre Rechte in Ansehung der Courtage.

Zwei Vorfragen müssen zunächst erledigt werden.

I. Wohl überall haben die öffentlich angestellten Mäkler ein Privileg auf die gewerbmäßige Vermittelung von Handelsgeschäften überhaupt oder innerhalb des ihnen zugewiesenen Handelszweiges. Jeder Eingriff in ihre Zunftrechte ist verboten, den Büchern und Attesten der Winkelmäkler kommt keine beweisende Kraft zu; die von diesen vermittelten Geschäfte sind, nach vielen Partikularrechten, un-

gültig; sie selbst, mitunter sogar die Contrahenten, welche sich ihrer bedienen, strafbar.*)

Diese gewöhnlichen Beschränkungen haben das theoretische Mißverständniß hervorgerufen, es sei dem Begriff des Mäklers die öffentliche Anstellung eigenthümlich, und hieran knüpfte sich die gefährliche Consequenz, daß die für das Mäklerwesen durch Usance ausgebildeten Rechtsgrundsätze lediglich den angestellten Mäkler beträfen, alle übrigen gewerbmäßigen Vermittler in Handelssachen hingegen durchaus nach civilrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen seien.

Darin liegt ein doppelter Mißgriff. Einmal, weil angestellte Mäkler sich häufig nur an größeren Handelsplätzen finden, während an kleineren Orten die Mäklergeschäfte von Kaufleuten oder auch besonders concessionirten Personen, sogenannten Geschäftscommissionairen, betrieben zu werden pflegen. Sodann weil in den bedeutenden Handelsstädten eine sehr beträchtliche Zahl von Winkelmäklern zu existiren pflegt, denen gegenüber die exclusive Gewerbsberechtigung der angestellten Mäkler aufrecht zu erhalten, mit mannigfachen Bedenken für den Handelsverkehr verknüpft ist. Namentlich die Erfahrungen der Berliner Börse während der letzten Jahre zeigen die Unmöglichkeit, dergleichen Ueberschreitungen durch Strafen und polizeiliche Ueberwachungsmaßregeln Einhalt zu thun. Ein gewandter Geschäftsmann erwirbt leicht das Vertrauen des Publikums, und trägt über seinen patentirten Collegen nur zu häufig den Sieg davon. Aber die Ungesetzlichkeit und Schutzlosigkeit seiner Stellung verleitet gerade ihn zu leichtsinnigen Operationen, und nöthigt, wider die eigentliche Intention der Parteien, ein reines Mäklergeschäft unter der Hülle eines erlaubten Commissionsgeschäfts zu verstecken.

Der Preußische Handelsstand, vertreten in seinen Handelskammern und Kaufmannscorporationen, hat denn auch, auf eine Anfrage des Handelsministers, sich in großer Einmüthigkeit für völlige Freigebung der Mäklergeschäfte ausgesprochen.**)

Es steht nicht zu befürchten, daß in solchem Falle das wichtige Institut der angestellten Mäkler ganz überflüssig würde. Werden zu

*) Der Entwurf setzt weder Ungültigkeit noch Strafe fest. Auch nach bestehendem Preußischem Recht sind nur die Winkelmäkler strafbar, und die Geschäfte sind gültig, ausgenommen wenn ein angestellter Mäkler dieselben mit Ueberschreitung seines Berufskreises vermittelt hat.

**) So auch die Berliner Commission (Protok. S. 20).

diesem Berufe nur solche Personen bestellt, welche durch Ehrenhaftigkeit und Sachkenntniß des Vertrauens der Kaufmannschaft sich würdig zeigen, so muß diesen schon ihre amtliche Stellung ein großes Uebergewicht über die Privatmäkler gewähren; die Garantieen für ihre Unparteilichkeit sind verstärkt durch das Verbot eigenen Handelsbetriebes, die Gewähr für ihre Sorgsamkeit und Gewissenhaftigkeit durch die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Führung gewisser Bücher und zur alsbaldigen Aufzeichnung der durch sie vermittelten Geschäfte. Wer es für erforderlich erachtet, den künftigen Beweis des Geschäftsabschlusses und seines Inhalts zu sichern, wird sich ihrer Vermittlung bedienen. Ihnen allein mag die offizielle Feststellung der laufenden Waarenpreise zustehen, und werden die verschiedenartigen Funktionen zu belassen sein, welche partikularrechtlich den angestellten Mäklern neben ihrem Vermittelungsberuf zuzustehen pflegen, wie die Abhaltung von Versteigerungen, die Aufstellung von Taxen, die Abfassung von Versicherungsverträgen u. dgl. mehr.

Die Privatmäkler haben an alledem keinen Theil. Nur in Betreff des Courtageanspruchs dürfen sie weder besser noch schlechter gestellt sein als die privilegirten Genossen. Führen sie Bücher und ertheilen sie Schlußnoten, so mag deren Beweiskraft schlechthin nach allgemeinen Grundsätzen bemessen werden.

Wir wünschen, daß das Deutsche Handelsgesetzbuch diesen durchaus unverfänglichen Schritt auf der Bahn der Gewerbefreiheit vorwärts thue.

In diesem Falle wären die allen Mäklern gemeinschaftlichen Grundsätze voranzuschicken, die den angestellten Mäklern eigenthümlichen nachfolgen zu lassen; oder, mit Voranstellung der für die öffentlichen Mäkler überhaupt geltenden Prinzipien, am Schlusse zu bestimmen, welche Regeln auch auf den Privatmäkler Anwendung finden sollen.

II. Eine zweite Vorfrage betrifft diejenigen Punkte, welche wesentlich dem öffentlichen Recht: dem Gewerbepolizeirecht, angehören.

Das Gesetzbuch hat diese vollständig aus seinem Bereiche auszuschließen, und der Partikular- oder Lokalgesetzgebung zu überlassen.

Die Gewerbsverhältnisse innerhalb eines jeden größeren Staates, geschweige denn in ganz Deutschland, sind so verschiedenartig gestaltet, und naturgemäß einer so häufigen Aenderung unterworfen, daß eine durchgreifende Regelung ebenso unmöglich erscheint, als insbe-

sondere die einem Deutschen Gesetzbuch durchaus nöthige Gewähr dauernden Bestandes.

Hierhin zählen wir nicht allein (wie der Entwurf §. 84) diejenigen Bestimmungen, welche die Anstellung der Mäkler, die Höhe ihrer Caution, die Bestrafung beruflicher Pflichtverletzungen angehen, sondern insbesondere auch folgende im Entwurf behandelten Punkte: die Cautionspflichtigkeit überhaupt (§. 65 alin. 3), die Art ihrer Beeidigung (§. 65 alin. 2), und vorzugsweise die Ueberweisung gewisser Geschäfte, welche über die bloße Vermittelungsthätigkeit hinaus liegen, wie von Waarenauctionen und des Schiffsabrechnerwesens (§. 69. 70). —

Im Einzelnen ist Folgendes zu erinnern:

Die Begriffsbestimmung des §. 65 „Die Handelsmäkler sind die gesetzlichen Vermittler für Handelsgeschäfte" ist, nach der obigen Erörterung, unzutreffend. Eine Definition erscheint im Handelsgesetzbuch überhaupt unnöthig; allenfalls müßte sie lauten: die Handelsmäkler sind die gewerbmäßigen Vermittler für Handelsgeschäfte aller Art. Durch die letzten Worte würde zugleich die schleppende und doch nicht vollständige Aufzählung der verschiedenen Arten von Handelsgeschäften, deren Vermittelung ihnen zusteht (Entw. §. 66), vollends überflüssig.

Der §. 67. „Die Anstellung der Handelsmäkler geschieht entweder im Allgemeinen für alle Arten von Mäklergeschäften oder nur für einzelne Arten derselben" enthält einen Lehrbuchsatz, und gehört überdies dem Gewerbepolizeirecht an.

§. 68 regelt zweckmäßig die ihnen zustehende officielle Feststellung und Notirung der Tageskurse.

§. 71 führt in 7 Nummern die Pflichten der Handelsmäkler auf.

Zur Wahrung ihrer Unpartheilichkeit ist ihnen der Betrieb von Propre= und Commissionsgeschäften für eigene Rechnung, die Annahme einer Handlungsgehülfenstelle, die Bildung von Gesellschaften zum gemeinschaftlichen Betrieb von Mäklergeschäften untersagt. Mit dem Französischen und Oesterreichischen Rechte ist ihnen ferner verboten, „für die Vollziehung der Geschäfte, welche sie vermitteln, sich verbindlich zu machen oder Bürgschaft zu leisten." Die wider Verbot für eigene Rechnung geschlossenen oder vermittelten Geschäfte sind jedoch gültig — ja die Fassung läßt es zweifelhaft, inwiefern auch nur die Garantieübernahme ungültig sein soll (No. 1—3).

Es wäre freilich consequenter und vielleicht (?) auch wirksamer an die Uebertretung dieser Verbote entweder die völlige Nichtigkeit der geschlossenen Verträge, oder doch deren Ungültigkeit für den Mäkler und die mit der Ueberschreitung bekannte Partei zu knüpfen*), aber praktischer ist es gewiß, nach dem Vorgang der Preußischen und Französischen Praxis**), die Verletzung der Berufspflicht nur mit Disciplinarstrafen zu ahnden. Bedenklicher erscheint das unbedingte Verbot der Garantieübernahme. Ein Delcrederestehen des Mäklers namentlich des Wechselmäklers***) und bei Waarenversteigerungen kommt häufig vor, und entspricht dem Bedürfniß des Verkehrs in solchen Fällen, wo die Contrahenten einander nicht näher kennen. Auch hält der Entwurf selbst eine Ausnahme für erforderlich, indem §. 81 den Mäkler für die Aechtheit der letzten Unterschrift eines durch seine Vermittelung veräußerten Handelspapiers haften läßt. Soll aber gesetzlich für die Identität eines Contrahenten gehaftet werden, warum nicht auch vertragsmäßig für dessen Solvenz? Eine Gefährdung der Unparteilichkeit ist hier kaum zu befürchten****).

No. 4 untersagt ihnen die Bestellung von Substituten; im Nothfall darf ein anderer angestellter Mäkler die begonnene Unterhandlung fortsetzen. Damit dürften sie auch der Verantwortlichkeit für den erwählten Substituten enthoben sein. Modificationen nach Lokalbedürfniß, wie z. B. in Hamburg und Frankfurt, sind dadurch nicht ausgeschlossen, doch werden sie auf das nothwendigste Maaß einzuschränken sein.

No. 6 beschränkt die Vermittelung der Mäkler auf Geschäfte unter persönlich Anwesenden: „Sie dürfen zu keinem Geschäfte die Einwilligung der Parteien anders annehmen, als durch ausdrückliche und persönliche Erklärung; es ist den Mäklern weder erlaubt, von Abwesenden Aufträge zu übernehmen, noch sich zur Vermittelung eines Unterhändlers zu bedienen."

---

*) Vgl. Reichshandelsges. Motive zu tit. 4 art. 21.

**) Entscheidungen des Obertribunals 16 S. 261. Les Codes annotés de Sirey, ed. par Gilbert zum Code de comm. art. 85. 86. Gelpke Zeitschr. f. Handelsr. Heft 3. S. 27. 28.

***) Span. Handelsges. art. 90. Portug. art. 118. Brasil. art. 55.

****) Die Majorität der Berliner Commission will eine Verpflichtung in Betreff der Ausführung der übernommenen Vermittelung zu einem bestimmten Preise gestatten (Protok. S. 23).

Das gemeine Recht stellt einen solchen Grundsatz nicht auf*), — in dem bestehenden Preußischen wird er vorausgesetzt (A.L.R. II 8. §. 1359). Für ihn sprechen überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe**), und er ist unnachtheilig, so fern nur Abwesenden gestattet wird, durch Bevollmächtigte (Handlungsgehülfen und sonstige Beauftragte z. B. im Namen ihrer Committenten handelnde Commissionäre, Mäkler) sich vertreten zu lassen. Auch diese, mit dem Entwurf des Reichshandelsgesetzbuchs ausschließen zu wollen, ist ganz unthunlich, und widerspricht dem Handelsgebrauch. Zur Vermeidung von Mißverständnissen wäre daher No. 6 etwa so zu fassen: „Sie dürfen zu keinem Geschäfte den Auftrag und die Einwilligung der Parteien anders annehmen, als durch (ausdrückliche und) persönliche Erklärung derselben oder ihrer Bevollmächtigten, und sind verbunden, den empfangenen Auftrag persönlich auszuführen."

Die No. 5 und 7 des §. 71, und die §§. 73. 74. 80 regeln die Verpflichtungen des Mäklers gegen die Parteien, welchen seine Vermittelungsthätigkeit dient. Ganz unverfänglich ist die Verbindlichkeit zur Führung von Hand- und Tagebuch behufs Notirung der vermittelten Geschäfte (§. 71 No. 7) zur Zustellung von Schlußnoten und Journalauszügen (§. 73. 74) — auf beide Punkte soll noch näher eingegangen werden —, zur Aufbewahrung von Proben im Falle eines nach Probe geschlossenen Kaufvertrages (§. 80). Nur die Anordnung müßte übersichtlicher sein.

Um so bedenklicher erscheint die im §. 71 No. 5 aufgestellte Vorschrift:

„Sie sind zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet, soweit nicht das Gegentheil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäfts geboten ist."

Die Quelle dieses Satzes ist nicht etwa das A.L.R. II 8. §. 1349: „Jeder Mäkler muß die ihm anvertrauten Geheimnisse treulich bewahren," sondern der art. 19 des noch jetzt zu Recht bestehenden arrêté vom 27. prairial an X concernant les bourses de commerce:

---

*) Vgl. Beseler System des gemeinen Deutschen Privatrechts III S. 279. Würtemb. Entw. Motive S. 104.

**) Beseler a. a. O. und Reichshandelsges. Motive zu tit. 4 art. 7.

Les agents de change devront garder le secret le plus inviolable aux personnes qui les auront chargés de négociations, à moins que les parties ne consentent à être nommées, ou que la nature des opérations ne l'exige.

Auf diesem Gesetz fußt die Französische Praxis, welche den Wechsel- und Fondsmäkler, den agent de change, im Gegensatz zum Courtier, in den meisten Beziehungen als Commissionär, und nicht als Mäkler, behandelt*).

Ein Deutsches Gesetzbuch hat keinen Grund, diesem Zwitterinstitut irgend welchen Vorschub zu leisten — die Deutschen Börsen bedürfen keiner privilegirten Kasse von Wechselagenten mit käuflichen Stellen und ungeheuren Cautionen. Es muß an dem bisherigen und allein richtigen Prinzip strenge festgehalten werden, welches den Mäklern jedes Auftreten im eigenen Namen untersagt, selbst dann, wenn sie auch zum Abschluß, nicht zur bloßen Unterhandlung, ermächtigt sind**). Durch das Verbot, auch nur als Commissionäre Handelsgeschäfte zu betreiben (§. 71 No. 1), hat der Entwurf dieses Prinzip adoptirt; es darf nicht durch eine seiner Fassung und seiner Quelle nach zweideutige Vorschrift in Frage gestellt werden.

Sehr viel nothwendiger erscheint die Erledigung der wichtigeren Streitfrage, ob im Zweifel ein Mäkler zur bloßen Unterhandlung oder auch zum Abschlusse befugt sei. Der Entwurf entscheidet sich nicht, da er die Annahme der Schlußnote durch die Parteien für einflußlos in Ansehung der Perfektionsfrage erklärt (§. 76). Der Würtembergische Entwurf art. 93, welcher im Zweifel eine besondere Genehmigung zum Abschluß erfordert, geht von der weitverbreiteten Ansicht aus, daß der Mäkler als bloßes Instrument (nuntius) zu behandeln sei***). Diese Auffassung ist jedoch entschieden zu

---

*) Gut hierüber Delamarre et Lepoitvin traité du contrat de commission I p. 23—26. 331 ff. Auch die Wiener Börsen-Ordnung vom 11/7 54 §. 26 hat das Französische Prinzip adoptirt.

**) Vgl. namentlich A.L.R. II 8. §. 1325. 1330. 1331. 1359. Lüb. Mäklerordn. v. 26/6 22 art. 9. Hamburger Rev. Mäklerordnung v. 9/12 24. §. 10. Thöl Entscheidungsgründe S. 7. 8.

***) Das behauptet nun auch Fischer Preußens kaufm. Recht S. 187 ff., und bemüht sich überdies, in fortgesetzter Verwechselung von Mandatar und Stellvertreter und in unglaublich verkehrter Weise darzuthun, daß der Mäkler gar kein Bevollmächtigter sei, sondern nur einen Auftrag erhalte!

eng. Es kommt darauf an, wie weit der ertheilte Auftrag sich erstreckt. Hat er blos ein Anerbieten zu überbringen, eine Erklärung zu melden, so ist er allerdings bloßer Bote. In der Regel thut er aber mehr; er wirkt auf die Entschlüsse eines oder gar beider Theile ein: er unterhandelt und vermittelt; er schließt auch häufig für den Einen mit dem Anderen ab; er ist endlich eine Art von Urkundsperson, indem er den übereinstimmenden Willen Beider auf sichere Weise feststellt; übrigens gleichviel ob er selbst die Uebereinstimmung zu Wege gebracht oder gemeldet hat, oder ob die Contrahenten das ohne ihn zu Stande gekommene Geschäft ihm lediglich zur Registrirung anzeigen. Der Mäkler kann also, um mit einem neueren Schriftsteller*) zu sprechen, bloßer Gehülfe (als Bote), wirklicher Stellvertreter, und endlich Theilnehmer (als Urkundsperson) sein — er darf niemals Ersatzmann sein, d. h. niemals ein Geschäft mit Verschweigung seines Auftraggebers abschließen. Wirklicher Stellvertreter ist er entweder in Beziehung auf die bloße Unterhandlung, oder für den Abschluß. Im Zweifel ist wohl anzunehmen, daß ein fest ertheilter, und auch die Person desjenigen, mit welchem der Mäkler in Unterhandlung treten soll, genau bezeichnender Auftrag die Ermächtigung zum Abschluß ohne weitere Rückfrage bei dem Auftraggeber in sich schließe.

Es ist ferner, nach dem Vorgang neuerer Gesetzbücher, festzustellen, daß durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten (Sorgfalt, Treue, Verschwiegenheit) die Mäkler nicht allein ihren Auftraggebern, sondern auch der andern Partei, von welcher sie keinen Auftrag empfangen haben, sich verantwortlich machen **), da mindestens gemeinrechtlich diese Verantwortlichkeit im Falle bloßer Nachlässigkeit keineswegs zweifellos ist ***). Einer Aufzählung dieser Pflichten bedarf es nicht; soweit sie nicht im Gesetzbuch besonders bestimmt sind, ergeben sie sich aus den Prinzipien des Mandatsvertrages.

Ueber die Führung und Einrichtung der Mäklerbücher enthält der Entwurf folgende Vorschriften (§. 71 No. 7. §. 72):

---

*) Ihering in seinen und Gerber's Jahrbüchern Heft 2 No. VII.

**) Sächs. Gesetz v. 21/9 33 art. 3. 4. Lüb. Maklerordn. v. 26/6 22 art 8. 10. Span. Handelsges. art. 82. 84. 85. Portug. art. 111. 113. Brasil. art. 52. 57. 58.

***) Vgl. Ihering a. a. O. S. 280 ff.

1. In das Handbuch sind die Aufträge unmittelbar nach dem Empfang, und alle Geschäfte unmittelbar nach dem Abschluß aufzuzeichnen.

Der erste Passus ist zu streichen, da die Aufzeichnung bloßer Aufträge weder üblich noch nothwendig ist.

2. In das Tagebuch sind alle abgeschlossenen Geschäfte täglich zu übertragen.

3. Alle Eintragungen in das Tagebuch müssen von ihnen unterzeichnet werden.

Diese, aus art. 12 alin. 3 des Reichshandelsgesetzbuchs entnommene Vorschrift, erscheint insofern nutzlos, als das Tagebuch von dem Mäkler selbst geführt wird. Zweckmäßiger hieße es: Alle nicht von ihnen selbst geschriebenen Eintragungen ꝛc.*)

4. Die Eintragungen in die Mäklerbücher müssen die Namen der Contrahenten, die Zeit des Abschlusses, die Eigenschaft und den Betrag der Waaren, den Preis und die Bedingungen des Geschäfts, sowie die Zeit der Lieferung enthalten. Sie müssen in deutscher Sprache, nach Ordnung des Datums und ohne leere Zwischenräume geschehen. Die Bestimmungen über die Einrichtung der Handelsbücher finden auch auf die Mäklerbücher Anwendung.

Fallen, wie zu hoffen ist, die Vorschriften über die Einrichtung der Handelsbücher ganz fort, so wäre hier allenfalls art. 34 alin. 2. 3. des Entwurfs einzuschalten.

Jedenfalls passen alle diese Bestimmungen nur auf das Mäklerjournal, nicht auf das Taschenbuch, und müssen auf das erste beschränkt werden. Dem Mäkler auf der Börse selbst eine so genaue und ordnungsmäßige Notirung zuzumuthen, heißt Unmögliches verlangen. Die Bücher eines verstorbenen oder entlassenen Mäklers sollen auf der Handelsgerichtskanzlei niedergelegt, und bei Wiederbesetzung der Stelle dem Nachfolger übergeben werden (§. 75).

Der letzte Passus erscheint unnöthig, und geht von der nicht immer zutreffenden Voraussetzung aus, daß eine geschlossene Zahl von Mäklern existire, so daß jeder Neuernannte unmittelbar in die Stelle des Ausgeschiedenen eintritt.

Den Parteien hat der Mäkler jederzeit, auf Verlangen, einen beglaubigten Journalextract zu ertheilen (§. 74); außerdem aber

*) So der Württemb. Entw. art. 94. Für die Beschränkung auch die Berliner Commission (Prot. S. 24).

nothwendig eine von ihm unterzeichnete Schlußnote innerhalb 24 Stunden nach dem Geschäftsabschluß zur Unterschrift zuzustellen, und jeder Partei das von der andern unterschriebene Exemplar zugehen zu lassen; weigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Mäkler davon der anderen innerhalb 24 Stunden Anzeige zu machen (§. 73 alin. 1. 2).

Diese Vorschriften sind durchaus zweckmäßig, und entsprechen dem Handelsgebrauch — bis auf die aus dem Französischen Recht übernommene Unterschrift der Schlußnote durch die Parteien. Solche ist weder üblich noch förderlich, und kann nur dazu dienen, die Stellung des Mäklers zu verwirren, so wie über den Zeitpunkt der Perfection des Geschäfts Zweifel rege zu machen.

Das scheinen auch die Verfasser gefühlt zu haben, da sie in alin. 3. den sonst ganz überflüssigen Zusatz machen: „die Schlußnote hat ungeachtet der Unterschrift der Parteien die Eigenschaft eines Mäkleratteses."

Die Eintragung des geschlossenen Vertrags in die Mäklerbücher und die Aushändigung (richtiger: Annahme) der Schlußnote sollen nur den Beweis des ersteren sichern, nicht dessen Perfection bedingen (§. 76).

Nach dem bestehenden Preußischen Recht, welches Schriftlichkeit der Verträge als Regel aufstellt, ist allerdings die Eintragung in das Journal, als Surrogat der schriftlichen Abfassung*), zur Perfection erforderlich; allein dem bestehenden gemeinen Recht und dem System des Entwurfs (§. 222) entspricht die Vorschrift des letzteren durchaus. Eine Deutsche Praxis, welche die Annahme der Schlußnote als die nothwendige Form des Consenses ansähe**), ist völlig unerweislich. Ob es zweckmäßig ist, diesen Rechtssatz neu einzuführen, wird sich nur im Zusammenhang, bei der Lehre von der Form der Handelsgeschäfte überhaupt, feststellen lassen — nähme man das an, so müßte jedenfalls die Zustellung der Schlußnote sogleich nach vollendeter Vermittelung erfolgen***), da die Wirksamkeit von Handelsgeschäften unmöglich 24 Stunden lang in Frage gestellt bleiben kann.

*) Entsch. I S. 9. IX S. 83. XXIX S. 159.

**) Wie bei der Berathung über den Entwurf des Reichshandelsgesetzbuchs behauptet worden ist. Vgl. Motive S. 168. Siehe dagegen auch das O.A.G. zu Lübeck in Thöl Entscheidungsgründe S. 156.

***) Wie z. B. nach der Frankfurter Wechsel-Mackler-Ordnung vom 26/11 1799 No. 8. Vgl. auch Malsz Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt S. 77. 78. 81.

[redacted] des §. 76 nothwendig der Aende-
[redacted]. —
[redacted] und Schlußnoten zukommenden
[redacted] dem bei den Handelsbüchern
[redacted] Bücher eines Handelsmäklers, sowie
[redacted] als Beweismittel für den Ab-
[redacted] dessen Inhalt dienen; jedoch haben
[redacted] öffentlicher Urkunden.
[redacted] Mäklerbücher größeres oder geringeres
[redacted] Bestärkung durch den Mäkler
[redacted], ob insbesondere die Weigerung
[redacted], oder zu unterzeichnen,
[redacted] sei, bleibt dem durch
[redacted] Ermessen des Richters über-
[redacted] Führung Unregelmäßigkeiten
[redacted] mittel nur insoweit berücksichtigt
[redacted] Bedeutung der Unregelmäßig-
[redacted] Umstände der Sache als ge-
[redacted] Amtswegen die Vorlage
[redacted], um sie unter sich und
[redacted] anderen Beweismitteln zu
[redacted] geworfene Gegen-
[redacted] der Schlußnote und
[redacted] selbstständige Be-
[redacted] Aber etwas ganz
[redacted]) der Schluß-
[redacted] Annahme gilt, nach
[redacted] gendes Anerkenntniß sowohl
[redacted] Schlußnote verzeichneten
[redacted] gültiges Anerkenntniß

[redacted] Thöl Entscheidgsgr.
[redacted] Privatrecht II S. 750

zu entkräften vermögen, sind im Stande, die Beweiskraft der Annahme zu schwächen. Dahin würde z. B. Nichtübereinstimmung der von beiden Seiten acceptirten Schlußzettel gehören, weil alsdann, wenigstens in gewissen Fällen, ein Irrthum des Acceptirenden wahrscheinlich ist. Hier würde also festzustellen sein:

Die Annahme der Schlußnote ohne Widerrede gilt als Anerkenntniß des Geschäftsabschlusses und seines in der Schlußnote verzeichneten Inhalts.

2. Sind die Schlußnoten von beiden Theilen ohne Widerrede angenommen, und vermag kein Theil das darin liegende Anerkenntniß anzufechten, so wird auf die Mäklerbücher nur zurückgegangen werden können, falls die Schlußnote verloren, und deren Inhalt bestritten ist. Weigert aber auch nur ein Theil die Annahme, oder behauptet er einen Irrthum nach erfolgter Annahme, so treten nun die Mäklerbücher in den Vordergrund.

Die Systeme sind bekanntlich verschieden. Das Französische Recht nimmt auf sie gar keine besondere Rücksicht. Das Preußische Recht legt ihnen, falls eidliche Bestärkung des Mäklers hinzutritt, volle Beweiskraft in Hinsicht auf Abschluß und Inhalt bei; ist die eidliche Bestärkung unmöglich, nur halbe Beweiskraft (A.L.R. II 8. §. 1366—1375). Die Deutsche Praxis schwankt zwischen halber und voller Beweiskraft, wie darüber, ob nur der Inhalt, oder auch der Abschluß durch die Mäklerbücher dargethan werden könne.*)

Unter diesen Umständen ist der vermittelnde Weg des Entwurfs, abgesehen von den inneren Gründen, welche ihm zur Seite stehen, entschieden zu billigen. Im Einzelnen mag auf das oben von den Handelsbüchern Gesagte verwiesen werden.

Ueber die Courtage endlich handeln die §§. 82. 83.

Die Courtage ist verdient, sobald das Geschäft geschlossen, und von Seiten des Mäklers Alles geschehen ist, um die Auswechselung der Schlußnoten zu bewirken. Für die Unterhandlungen kann kein Mäklerlohn gefordert werden, wenn das Geschäft nicht zum Abschluß gekommen ist. (§. 82 alin. 1. 2).

Hier entstehen zwei Bedenken:

*) Württemb. Entw. art. 96 und Motive. Reichshandelsges. Motive S. 166 ff. Thöl Entscheidungsgr. S. 156—158. Mittermaier II S. 749. 750. Baumeister Hamburg. Privatrecht I S. 287. 288. Fischer Oestr. Handelsrecht §. 143.

1. Wie ist es zu halten, wenn das Geschäft zwar zum Abschluß kommt, aber nicht durch den vermittelnden Mäkler, sei es, daß die Parteien es vorzogen, sich gar keiner Urkundsperson, oder eines anderen Mäklers zu bedienen? Selbst in diesem Falle dürfte die Courtage abzusprechen sein, sofern nicht erweislich die Parteien nur darum den Mäkler entfernt haben, um den Mäklerlohn zu sparen.

2. Es fragt sich, ob, abgesehen von einer solchen dolosen Entfernung, der Mäkler befugt sein soll, zwar nicht die Courtage, aber doch eine anderweitige Vergütung für seine Bemühungen zu beanspruchen? Das Preußische Obertribunal hat sich für die Bejahung entschieden (Entsch. 12. S. 404 ff.). Ein unzweifelhaftes gemeines Gewohnheitsrecht*) spricht, meines Erachtens, gegen solche Abstufung. Die Courtage wird entweder gezahlt oder nicht gezahlt — ein Drittes, eine geringere Vergütung als die Courtage, giebt es nicht. Für andere Geschäfte, welche nicht in das Gebiet der Unterhandlung oder Vermittelung gehören, mag eine Vergütung stipulirt, oder auch ohne ausdrückliche Abrede, nach richterlichem Ermessen festgesetzt werden.**)

An die Stelle des alinea 2. hätte hiernach folgender Passus zu treten:

Ist das Geschäft nicht, oder nicht durch ihn, zum Abschluß gekommen, so kann für die bisherigen Bemühungen keinerlei Vergütung gefordert werden.

Nach alinea 3 soll der Betrag des Mäklerlohns vom Handelsminister durch örtliche Verordnung geregelt werden.

Die Fassung ist natürlich für ein Deutsches Handelsgesetzbuch zu modificiren.

Unter den verschiedenen Systemen der Courtageentrichtung schließt sich der Entwurf der Regel des Preußischen und Hamburgischen Rechts an, nach welcher jede Partei die halbe Courtage zu entrichten hat an ihren eigenen oder an den gemeinsamen Mäkler, doch ohne die wichtige Ausnahme, daß auch der gemeinsame Mäkler die ganze Courtage empfängt beim Waarenhandel von dem Verkäufer, und bei Versicherungen von dem Versicherten (§. 83).

*) Sintenis Civilrecht II S. 688. Hamburger M.O. S. 22. Seuffert X S. 57. Ungr. Gesetzart. tit. XIX art. 15. Reichshandelsges. Motive zu art. 22.

**) Frankfurter Waarenmacklerordn. v. 26/11 1799 art. 10. Hamb. M.O. §. 22. Devilleneuve et Massé Dictionnaire du contentieux commercial s. v. courtier No 93.

Da hier zunächst Uebereinkunft und Ortsgebrauch entscheiden sollen (§. 83 alin. 1) so erscheint es zweckmäßiger und ganz unbedenklich, für die subsidiäre Regel, den theoretisch allein richtigen Satz festzuhalten, daß jeder Mäkler von seinem Auftraggeber die ganze Courtage empfängt, und nur alsdann, wenn beide Theile denselben Mäkler beauftragt (nicht blos sich desselben bedient) haben, gegen einen Jeden den Anspruch auf halbe Courtage zu gewähren.*)

IX. Von den Handelsgesellschaften.

Unter allen Instituten des Handelsrechts verdient die Handelsgesellschaft vorzügliche Aufmerksamkeit nicht allein der Gewerbtreibenden und Juristen, sondern auch der Volkswirthschaftslehrer und Staatsmänner. Die täglich großartiger sich gestaltenden Dimensionen des Handels und der Industrie eröffnen unserem staunenden Auge einen unermeßlichen Prospekt auf eine kaum faßbare Höhe der Cultur und des allgemeinen Wohlstandes. Die drohende sociale Frage scheint einer Lösung auf demselben Wege entgegenzuschreiten, dessen Betretung jene riesenhaften Fortschritte mit sich führt: ich meine das Mittel der Association.

Die Formen, in welchen sich der Vergesellschaftungstrieb zu wirthschaftlichen Zwecken aller Art äußert, sind dem kaufmännischen Geschäftsverkehr entlehnt. Dem bewunderungswürdigen Scharfsinn und unvergleichlichen Takt des Handelsstandes, welchem das Wechselinstitut entsprossen ist, verdanken auch die vier Gattungen von Capitalzusammenlegungen ihren Ursprung, deren ebenso einfache als elastische Natur einem jeden wirthschaftlichen Einigungsbedürfniß die entsprechende Organisation zu bieten vermag. Dient die civilrechtliche Societätsform als Gelegenheitsgesellschaft der Einzelnspeculation, so gewähren die offene, die stille und die Aktien-Gesellschaft dem gewerbmäßigen Geschäftsbetrieb das erforderliche Gerüst.

So scharf und klar sich diese Formen von einander zu sondern scheinen, so ist doch die am meisten biegsame mittlere Gestaltung — denn das ist die Commanditengesellschaft sowohl geschichtlich als begrifflich — der überraschendsten Combinationen empfänglich. Hier findet sich an Stelle Eines Geschäftsinhabers (Complementars), wel-

*) Reichshandelsges. art. 23 und Motive.

chem ein stiller Gesellschafter durch Capitalleistung hinzutritt, ganz häufig auf Seiten des Prinzipals eine Collectivgesellschaft, auf Seiten des Commanditisten eine zweite Collectiv- oder eine Aktiengesellschaft, nur unselbstständig an die Person des Complementars gekettet.

Die Funktionen dieser Gesellschaftsformen für den Verkehr sind durchaus verschieden.

Zu bestimmten, vorübergehenden*) Geschäften reicht die einfachste Form in der Regel aus; übersteigen sie gleichwohl die Vermögenskräfte Weniger, so werden die nöthigen Mittel durch Aufnahme von Darlehen, durch Zeichnungsaufträge, ja wohl gar durch Bildung einer Commandit- oder Aktiengesellschaft beschafft, z. B. behufs der Uebernahme einer Anleihe, des Baues einer Eisenbahn, einer Wasserleitung, eines Industriepalasts, des Ankaufs einer großen Getreideladung, der Verproviantirung einer Armee. In diesem letzten, für den eigentlichen Handelsverkehr überaus seltenen Fall werden allerdings die Aktien- und Commanditengesellschaft, übrigens ohne ihre Natur zu verändern, einem blos vorübergehenden Bedürfnisse dienen.

Steht dagegen ein gewerbmäßiger Betrieb in Frage, so werden insbesondere zwei Momente auf die Form der Association bestimmend einwirken: die erforderliche Kapitalhöhe, welche natürlich durch Art und Umfang des Geschäftsbetriebs bedingt wird; und zweitens das Maaß persönlichen Einflusses, welches die Compagnons für die Leitung der Gesellschaftsangelegenheiten in Anspruch nehmen.

---

*) Die Grenze wird sich mitunter nur schwer ermitteln lassen. Ist es z. B. eine Einzelnspekulation, wenn auf eine gewisse Zeit (z. B. für die Dauer einer Industrieausstellung) eine Verkaufshalle (Industriepallast) erbaut und vermiethet, d. h. jedem Besucher gegen ein gewisses Eintrittsgeld eröffnet wird? Liegt ein bloßer Speculationsverein vor, wenn 50 Personen gemeinsam ein Schiff ausrüsten, um fortgesetzt mit demselben den Wallfischfang in der Südsee zu betreiben? Wie wenn 100 Bergleute mit dem Eigenthümer eines Bergwerks den in Cornwall üblichen Vertrag schließen, gegen gewisse Prozentantheile am Verkaufspreise einen gewissen Erzgang zwei Monate hindurch zu bearbeiten, und das Erz für den Markt fertig zu liefern? Unter den französischen Schriftstellern herrschen wichtige Differenzen. Man vergleiche z. B. Pardessus No. 1045, Malpeyre et Jourdain traité des sociétés p. 260 auf der einen Seite, und die von ganz anderen Gesichtspunkten ausgehenden Troplong le contrat de société no. 499 ff. und Delamarre et Lepoitvin a. a. O. II No. 245 ff.

Zu Unternehmungen, welche einer bedeutenden festen Kapitalanlage bedürfen, wird das Vermögen Einzelner selten ausreichen, oder es werden doch nur Wenige gesonnen sein, ihre ganze ökonomische Zukunft schlechterdings auf Einen Wurf zu setzen. Hier empfiehlt sich der Weg der Capitalassociation: in Form der Aktiengesellschaft, falls kein Theilnehmer eine solidarische Verantwortlichkeit übernehmen will, aber auch Keiner den überwiegenden Einfluß eines Prinzipals in Anspruch nimmt; in Form der Commanditengesellschaft, falls die Interessen der Theilnehmer in der Art verschieden sind, daß Einzelne, um die Geschäftsleitung in der Hand zu behalten, sich der unbeschränkten Verantwortlichkeit nach außenhin unterziehen, Andere mit der bescheideneren, aber auch sichereren Rolle von Kapitaleinlegern sich begnügen. Je nachdem die Zahl der Commanditisten geringer oder größer ist, wird eine einfachere Organisation genügen, oder eine der Aktiengesellschaft sich annähernde Einrichtung erforderlich sein. Nur muß auch in dem letzteren Fall an dem unterscheidenden Moment festgehalten werden, daß der Complementar einer Commanditgesellschaft auf Aktien niemals bloßer Geschäftsführer (Faktor), sondern wirklicher Prinzipal der Handlung ist*).

Der letzte Schritt zur Mobilisirung der Societät geschieht durch Ausgabe von Inhaberaktien. Eine Aktien- oder Commanditgesellschaft, deren Mitgliedschaft lediglich an den Besitz einer Antheilsurkunde geknüpft ist, bildet den geraden Gegensatz zu der gleichsam unbeweglichen Collectivgesellschaft, mit ihrer festbegrenzten und feststehenden, meist nur geringen Anzahl bestimmter Associés, deren Persönlichkeit überall im Vordergrund steht, in dem Umfang der Berechtigung wie der Verpflichtung, und die Existenz des Vereins selbst bedingt.

Mit diesen drei Grundformen dürfte sich der juristische Bildungstrieb im Wesentlichen erschöpft haben: Reine Personengesellschaft, reine Kapitalverbindung, und stille Gesellschaft zwischen beiden, aus Elementen beider zusammengesetzt. Innerhalb dieser Grundformen finden die verschiedenartigsten Interessen ausreichende Berücksichtigung, z. B. der Anspruch des bloßen Industriegesellschafters auf Vergütung seines eingebrachten Arbeitskapitals wird auch in der Aktiengesellschaft

*) Man pflegt ihn wohl Eigenthümer der Firma zu nennen.

durch Gewährung einer entsprechenden Aktienzahl befriedigt. Mit Recht haben darum auch sämmtliche neueren Gesetzbücher an diesen elementaren Typen festgehalten, bis auf das Portugiesische und Brasilianische, deren eigenthümliche Systematisirung jedoch ebenso unlogisch wie unvollständig ist. Die Classification der Ungarischen Gesetzartikel nach der Beschaffenheit der Firma ist eine rein äußerliche. An das Deutsche Gesetzbuch darf die Forderung gestellt werden, die bezeichneten Grundformen möglichst rein und consequent, dem Verkehrsbedürfniß entsprechend, nicht verkümmert durch Bevormundungsmaaßregeln von höchst zweifelhaftem Nutzen, durchzuführen.

Mit diesem Maaßstabe wenden wir uns wiederum dem Entwurf zu.

Derselbe behandelt die Lehre von den Handelsgesellschaften in angemessener Ausführlichkeit.

Titel 9. Von der Handelsgesellschaft im Allgemeinen (§. 85—90) giebt die Eintheilung und einige gemeinschaftliche Grundsätze. Tit. 10 behandelt die offene Handelsgesellschaft (§. 91—150), Tit. 11 die stille Handelsgesellschaft (§. 151—180), Tit. 12 die Aktiengesellschaft (§. 181—213), Tit. 13 die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (§. 214—218). Die Rhedergesellschaft ist besonders geordnet im Seerecht (§. 431—446).

Daneben finden sich, zerstreut an verschiedenen Orten, Bestimmungen über die Firma der Handelssocietät (§. 21. 22), deren Fallissement (§. 992—1002), die Compensation (§. 811), und einige prozessualische Vorschriften (§. 1048 No. 1. 1057. 1078 No. 3).

Im Einzelnen ist hier Vieles vortrefflich, mit praktischem Sinn und weiser Benutzung eines reichen Erfahrungsschatzes geordnet. Aber die Grundprinzipien erscheinen durchaus fehlerhaft, die brennenden Hauptfragen durchweg in unrichtigem Sinne beantwortet.

Die Verfasser sind darum nicht zu tadeln. Ein hochbegabter Jurist, in welchem das Preußische Obertribunal seine erste handelsrechtliche Autorität, die Preußische Handelsrechtslitteratur ihren talentvollsten Schriftsteller verloren, der zu früh verstorbene Gelpke, hatte mit leidenschaftlicher Einseitigkeit die Anschauungen der Französischen Jurisprudenz umfangen, und in ihnen das im Bewußtsein des Handelsstandes lebende Recht zu finden gewähnt. Seine „Zeitschrift“

hatte für diese Ansichten die erfolgreichste Propaganda gemacht, eine auch unter den Deutschen Rechtsgelehrten verbreitete Doctrin war ihnen auf halbem Wege entgegengekommen, die völlige Lethargie der Preußischen Rechtswissenschaft und der überhandnehmende Einfluß der Rheinischen Juristen halfen den Sieg entscheiden. Schon die Concursordnung vom 8. Mai 1855 hat diesen Weg betreten, das Handelsgesetzbuch will das neue Dogma auch principiell feststellen.

Wir freuen uns der gebotenen Gelegenheit zur endlichen Ausfechtung des alten Kampfes. Die Akten sind vorlängst spruchreif. An den Vertretern des Deutschen Handelsstandes und der Deutschen Rechtswissenschaft ist es nun, das dem Deutschen Rechtsbewußtsein entsprechende Urtheil zu fällen.

Der Entwurf gibt, nach dem Code de commerce art. 19. 47, folgende Eintheilung:

§. 85. Das Gesetz erkennt drei Arten von Handelsgesellschaften an, und außerdem Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

§. 86. Die Handelsgesellschaften sind:

1. die offene Handelsgesellschaft,
2. die stille Handelsgesellschaft,
3. die Aktiengesellschaft.

Dagegen ist Folgendes einzuwenden:

1) Der Gelegenheitsgesellschaft (association en participation) darf die Bezeichnung Handelsgesellschaft nicht versagt werden, denn das ist eine jede Vereinigung zum Betrieb von Handelsgeschäften, gleichviel ob zum gewerbmäßigen, oder mit der Beschränkung auf einzelne Unternehmungen.

2) Aktien- und Commanditgesellschaft bilden keinen ausschließenden Gegensatz zur Gelegenheitsgesellschaft, da die Benutzung dieser Societätsformen, wie oben bemerkt, auch zu bestimmten vorübergehenden Zwecken möglich ist und zulässig sein muß.

3) Es darf nicht die Aktiengesellschaft schlechthin, ohne Rücksicht auf den Vereinszweck, als Handelsgesellschaft bezeichnet werden, da diese Associationsform auch vielen nicht commerciellen Zwecken zu dienen vermag, als der Errichtung von Schulen, Sparkassen, Leihhäusern, Hypothekenbanken, Academien, Waisenhäusern, Drainirungsanstalten u. dgl. mehr.

4) Das Gesetzbuch darf nicht 4 Arten von Handelsgesellschaften

anerkennen, und damit stillschweigend allen anderen möglichen Arten, die Anerkennung versagen. Allerdings scheint es durchaus unwahrscheinlich, daß zu der regelmäßig civilrechtlichen Form des Speculationsvereins und den 3 Grundformen der gewerbmäßigen Handelsgesellschaft noch andere, wirklich selbstständige Formen hinzutreten könnten; indeß darf unsere beschränkte Einsicht nicht einem möglichen Entwickelungsprozeß hemmend in den Weg treten.

Es bedarf einer Eintheilung überhaupt gar nicht. Das Gesetzbuch mag sich darauf beschränken, das ganze Institut der Handelsgesellschaft in Einem Titel mit 4 Abschnitten für die einzelnen Arten derselben zu behandeln, und der Wissenschaft überlassen, die Consequenzen zu ziehen.

Erscheint jedoch eine Eintheilung durchaus erforderlich, so dürfte die folgende den Vorzug haben, nach keiner Seite beengende Fesseln aufzuerlegen.

1. Handelsgesellschaften werden entweder zu gewerbmäßigem Betrieb oder zur Unternehmung einzelner Handelsgeschäfte eingegangen.

2. Gesellschaften zu gewerbmäßigem Handelsbetrieb werden geschlossen in Form der offenen Gesellschaft, der stillen Gesellschaft, der Aktiengesellschaft. —

Für die drei Arten der Handelsgesellschaften, welchen der Entwurf allein diese Bezeichnung zuerkennt, werden folgende gemeinschaftliche Grundsätze aufgestellt, deren wörtliche Aufführung zweckmäßig erscheint:

§. 87. Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben.

§. 88. Das Vermögen der Gesellschaft haftet den Gläubigern der Gesellschaft vorzugsweise.

Die Privatgläubiger eines Gesellschafters haben nur auf dasjenige Anspruch, was demselben bei der Vertheilung des Gewinnes und der Auseinandersetzung zufällt.

§. 89. Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, muß gleich jedem andern Gesellschafter alle vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten anerkennen.

§. 90. Der ordentliche Gerichtsstand einer Handelsgesellschaft ist bei dem Handelsgerichte des Bezirks, in welchem die Gesellschaft ihre Hauptniederlassung hat. Vgl. auch §. 1057.

§. 811. Was Jemand einer Handelsgesellschaft schuldet oder von ihr zu fordern hat, kann mit demjenigen, was derselbe nur von einzelnen Gesellschaftern zu fordern hat oder ihnen schuldet, in Ansehung des Gesellschaftsvermögens nicht compensirt werden.

§. 992. Wenn eine Handelsgesellschaft ihre Zahlungen einstellt, so findet die Eröffnung des Konkurses statt, sofern die Liquidation und die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht beendigt ist.

In der Anzeige der Zahlungseinstellung ist zugleich der Name und der Wohnort der persönlich haftenden Gesellschafter anzugeben*).

§. 993. Auf den Grund der Zahlungseinstellung der Gesellschaft ist über das Gesellschaftsvermögen ein selbstständiger Konkurs in dem ordentlichen Gerichtsstande der Gesellschaft zu eröffnen.

§. 994. An dem Konkurse über das Gesellschaftsvermögen sind nur die Gläubiger der Gesellschaft Theil zu nehmen berechtigt.

Dieselben können gleichzeitig in den Konkursen über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter als Gläubiger für den ganzen Betrag ihrer Forderungen auftreten**).

§. 997. Wenn nur ein Mitglied einer Handelsgesellschaft seine Zahlungen einstellt, so ist an die Konkursmasse desselben sein Antheil von dem Gesellschaftsvermögen herauszugeben. Die übrigen Gesellschafter haben das Recht, den dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Antheil an den Gesellschaftsschulden in Abzug zu bringen, ohne daß sie sich deshalb in den Konkurs einzulassen verpflichtet sind. Sie haben jedoch die Konkursmasse gegen die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger sicher zu stellen.

Der Entwurf bedient sich zwar des Ausdrucks juristische Person nicht, allein es unterliegt, weder nach dem Wortlaut und dem Inhalt des §. 87, noch nach den gezogenen Consequenzen irgend welchem Zweifel, daß die technisch sogenannte Handelsgesellschaft als solche gelten soll.

---

*) Alinea 3. 4 geben einige weitere Modalitäten.

**) Die §§. 995. 996 enthalten entsprechende Bestimmungen über den Accord.

1. In das Handbuch sind die Aufträge unmittelbar nach dem Empfang, und alle Geschäfte unmittelbar nach dem Abschluß aufzuzeichnen.

Der erste Passus ist zu streichen, da die Aufzeichnung bloßer Aufträge weder üblich noch nothwendig ist.

2. In das Tagebuch sind alle abgeschlossenen Geschäfte täglich zu übertragen.

3. Alle Eintragungen in das Tagebuch müssen von ihnen unterzeichnet werden.

Diese, aus art. 12 alin. 3 des Reichshandelsgesetzbuchs entnommene Vorschrift, erscheint insofern nutzlos, als das Tagebuch von dem Mäkler selbst geführt wird. Zweckmäßiger hieße es: Alle nicht von ihnen selbst geschriebenen Eintragungen ꝛc.*)

4. Die Eintragungen in die Mäklerbücher müssen die Namen der Contrahenten, die Zeit des Abschlusses, die Eigenschaft und den Betrag der Waaren, den Preis und die Bedingungen des Geschäfts, sowie die Zeit der Lieferung enthalten. Sie müssen in deutscher Sprache, nach Ordnung des Datums und ohne leere Zwischenräume geschehen. Die Bestimmungen über die Einrichtung der Handelsbücher finden auch auf die Mäklerbücher Anwendung.

Fallen, wie zu hoffen ist, die Vorschriften über die Einrichtung der Handelsbücher ganz fort, so wäre hier allenfalls art. 34 alin. 2. 3. des Entwurfs einzuschalten.

Jedenfalls passen alle diese Bestimmungen nur auf das Mäklerjournal, nicht auf das Taschenbuch, und müssen auf das erste beschränkt werden. Dem Mäkler auf der Börse selbst eine so genaue und ordnungsmäßige Notirung zuzumuthen, heißt Unmögliches verlangen. Die Bücher eines verstorbenen oder entlassenen Mäklers sollen auf der Handelsgerichtskanzlei niedergelegt, und bei Wiederbesetzung der Stelle dem Nachfolger übergeben werden (§. 75).

Der letzte Passus erscheint unnöthig, und geht von der nicht immer zutreffenden Voraussetzung aus, daß eine geschlossene Zahl von Mäklern existire, so daß jeder Neuernannte unmittelbar in die Stelle des Ausgeschiedenen eintritt.

Den Parteien hat der Mäkler jederzeit, auf Verlangen, einen beglaubigten Journalextract zu ertheilen (§. 74); außerdem aber

*) So der Württemb. Entw. art. 94. Für die Beschränkung auch die Berliner Commission (Prot. S. 24).

nothwendig eine von ihm unterzeichnete Schlußnote innerhalb 24 Stunden nach dem Geschäftsabschluß zur Unterschrift zuzustellen, und jeder Partei das von der andern unterschriebene Exemplar zugehen zu lassen; weigert eine Partei die Annahme oder Unterschrift der Schlußnote, so hat der Mäkler davon der anderen innerhalb 24 Stunden Anzeige zu machen (§. 73 alin. 1. 2).

Diese Vorschriften sind durchaus zweckmäßig, und entsprechen dem Handelsgebrauch — bis auf die aus dem Französischen Recht übernommene Unterschrift der Schlußnote durch die Parteien. Solche ist weder üblich noch förderlich, und kann nur dazu dienen, die Stellung des Mäklers zu verwirren, so wie über den Zeitpunkt der Perfection des Geschäfts Zweifel rege zu machen.

Das scheinen auch die Verfasser gefühlt zu haben, da sie in alin. 3. den sonst ganz überflüssigen Zusatz machen: „die Schlußnote hat ungeachtet der Unterschrift der Parteien die Eigenschaft eines Mäkleratteſtes."

Die Eintragung des geschlossenen Vertrags in die Mäklerbücher und die Aushändigung (richtiger: Annahme) der Schlußnote sollen nur den Beweis des ersteren sichern, nicht dessen Perfection bedingen (§. 76).

Nach dem bestehenden Preußischen Recht, welches Schriftlichkeit der Verträge als Regel aufstellt, ist allerdings die Eintragung in das Journal, als Surrogat der schriftlichen Abfassung*), zur Perfection erforderlich; allein dem bestehenden gemeinen Recht und dem System des Entwurfs (§. 222) entspricht die Vorschrift des letzteren durchaus. Eine Deutsche Praxis, welche die Annahme der Schlußnote als die nothwendige Form des Consenses ansähe**), ist völlig unerweislich. Ob es zweckmäßig ist, diesen Rechtssatz neu einzuführen, wird sich nur im Zusammenhang, bei der Lehre von der Form der Handelsgeschäfte überhaupt, feststellen lassen — nähme man das an, so müßte jedenfalls die Zustellung der Schlußnote sogleich nach vollendeter Vermittelung erfolgen***), da die Wirksamkeit von Handelsgeschäften unmöglich 24 Stunden lang in Frage gestellt bleiben kann.

*) Entsch. I S. 9. IX S. 83. XXIX S. 159.

**) Wie bei der Berathung über den Entwurf des Reichshandelsgesetzbuchs behauptet worden ist. Vgl. Motive S. 168. Siehe dagegen auch das O.A.G. zu Lübeck in Thöl Entscheidungsgründe S. 156.

***) Wie z. B. nach der Frankfurter Wechsel-Mackler-Ordnung vom 26/11 1799 No. 8. Vgl. auch Malsz Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt S. 77. 78. 81.

Uebrigens bedarf die Fassung des §. 76 nothwendig der Aenderung. —

In Betreff der den Mäklerbüchern und Schlußnoten zukommenden Beweiskraft schließt sich der Entwurf dem bei den Handelsbüchern befolgten System an.

§. 77. Regelmäßig geführte Bücher eines Handelsmäklers, sowie die Schlußnoten desselben können als Beweismittel für den Abschluß des Geschäfts und dessen Inhalt dienen; jedoch haben dieselben nicht die Eigenschaft öffentlicher Urkunden.

Ob dem Inhalte der Mäklerbücher größeres oder geringeres Gewicht beizulegen, ob die eidliche Bestärkung durch den Mäkler oder andere Beweise zu erfordern, ob insbesondere die Weigerung einer Partei, die Schlußnote anzunehmen, oder zu unterzeichnen, für Beurtheilung der Sache von Erheblichkeit sei, bleibt dem durch Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen des Richters überlassen.

§. 78. Mäklerbücher, bei deren Führung Unregelmäßigkeiten vorgefallen sind, können als Beweismittel nur insoweit berücksichtigt werden, als dieses nach der Art und Bedeutung der Unregelmäßigkeiten und in Betracht der übrigen Umstände der Sache als geeignet erscheint.

§. 79. Der Richter kann selbst von Amtswegen die Vorlage der Bücher des Handelsmäklers verordnen, um sie unter sich und mit der Schlußnote, den Auszügen und anderen Beweismitteln zu vergleichen.

Unseres Erachtens sind zwei hier zusammengeworfene Gegenstände sorgfältig auseinander zu halten: die von der Schlußnote und die von den Mäklerbüchern geltenden Regeln.

1. Die Schlußnote als solche hat keine selbstständige Beweiskraft, denn sie ist ein bloßer Journalauszug. Aber etwas ganz anderes ist die Annahme (oder gar Unterzeichnung) der Schlußnote ohne Widerrede. Die Thatsache der Annahme gilt, nach allgemeinem Handelsbrauch, als stillschweigendes Anerkenntniß sowohl des Geschäftsabschlusses als seines in der Schlußnote verzeichneten Inhalts.*) Nur solche Gründe, welche ein gültiges Anerkenntniß

*) Seuffert II S. 25. III S. 184. IV S. 340. Thöl Entscheidgsgr. S. 158. 159; und die bei Mittermaier Deutsches Privatrecht II S. 750 angeführten Gesetze.

zu entkräften vermögen, sind im Stande, die Beweiskraft der Annahme zu schwächen. Dahin würde z. B. Nichtübereinstimmung der von beiden Seiten acceptirten Schlußzettel gehören, weil alsdann, wenigstens in gewissen Fällen, ein Irrthum des Acceptirenden wahrscheinlich ist. Hier würde also festzustellen sein:

Die Annahme der Schlußnote ohne Widerrede gilt als Anerkenntniß des Geschäftsabschlusses und seines in der Schlußnote verzeichneten Inhalts.

2. Sind die Schlußnoten von beiden Theilen ohne Widerrede angenommen, und vermag kein Theil das darin liegende Anerkenntniß anzufechten, so wird auf die Mäklerbücher nur zurückgegangen werden können, falls die Schlußnote verloren, und deren Inhalt bestritten ist. Weigert aber auch nur ein Theil die Annahme, oder behauptet er einen Irrthum nach erfolgter Annahme, so treten nun die Mäklerbücher in den Vordergrund.

Die Systeme sind bekanntlich verschieden. Das Französische Recht nimmt auf sie gar keine besondere Rücksicht. Das Preußische Recht legt ihnen, falls eidliche Bestärkung des Mäklers hinzutritt, volle Beweiskraft in Hinsicht auf Abschluß und Inhalt bei; ist die eidliche Bestärkung unmöglich, nur halbe Beweiskraft (A.L.R. II 8. §. 1366—1375). Die Deutsche Praxis schwankt zwischen halber und voller Beweiskraft, wie darüber, ob nur der Inhalt, oder auch der Abschluß durch die Mäklerbücher dargethan werden könne.*)

Unter diesen Umständen ist der vermittelnde Weg des Entwurfs, abgesehen von den inneren Gründen, welche ihm zur Seite stehen, entschieden zu billigen. Im Einzelnen mag auf das oben von den Handelsbüchern Gesagte verwiesen werden.

Ueber die Courtage endlich handeln die §§. 82. 83.

Die Courtage ist verdient, sobald das Geschäft geschlossen, und von Seiten des Mäklers Alles geschehen ist, um die Auswechselung der Schlußnoten zu bewirken. Für die Unterhandlungen kann kein Mäklerlohn gefordert werden, wenn das Geschäft nicht zum Abschluß gekommen ist. (§. 82 alin. 1. 2).

Hier entstehen zwei Bedenken:

*) Württemb. Entw. art. 96 und Motive. Reichshandelsges. Motive S. 166 ff. Thöl Entscheidungsgr. S. 156—158. Mittermaier II S. 749. 750. Baumeister Hamburg. Privatrecht I S. 287. 288. Fischer Oestr. Handelsrecht §. 143.

1. Wie ist es zu halten, wenn das Geschäft zwar zum Abschluß kommt, aber nicht durch den vermittelnden Mäkler, sei es, daß die Parteien es vorzogen, sich gar keiner Urkundsperson, oder eines anderen Mäklers zu bedienen? Selbst in diesem Falle dürfte die Courtage abzusprechen sein, sofern nicht erweislich die Parteien nur darum den Mäkler entfernt haben, um den Mäklerlohn zu sparen.

2. Es fragt sich, ob, abgesehen von einer solchen dolosen Entfernung, der Mäkler befugt sein soll, zwar nicht die Courtage, aber doch eine anderweitige Vergütung für seine Bemühungen zu beanspruchen? Das Preußische Obertribunal hat sich für die Bejahung entschieden (Entsch. 12. S. 404 ff.). Ein unzweifelhaftes gemeines Gewohnheitsrecht*) spricht, meines Erachtens, gegen solche Abstufung. Die Courtage wird entweder gezahlt oder nicht gezahlt — ein Drittes, eine geringere Vergütung als die Courtage, giebt es nicht. Für andere Geschäfte, welche nicht in das Gebiet der Unterhandlung oder Vermittelung gehören, mag eine Vergütung stipulirt, oder auch ohne ausdrückliche Abrede, nach richterlichem Ermessen festgesetzt werden.**)

An die Stelle des alinea 2. hätte hiernach folgender Passus zu treten:

Ist das Geschäft nicht, oder nicht durch ihn, zum Abschluß gekommen, so kann für die bisherigen Bemühungen keinerlei Vergütung gefordert werden.

Nach alinea 3 soll der Betrag des Mäklerlohns vom Handelsminister durch örtliche Verordnung geregelt werden.

Die Fassung ist natürlich für ein Deutsches Handelsgesetzbuch zu modificiren.

Unter den verschiedenen Systemen der Courtageentrichtung schließt sich der Entwurf der Regel des Preußischen und Hamburgischen Rechts an, nach welcher jede Partei die halbe Courtage zu entrichten hat an ihren eigenen oder an den gemeinsamen Mäkler, doch ohne die wichtige Ausnahme, daß auch der gemeinsame Mäkler die ganze Courtage empfängt beim Waarenhandel von dem Verkäufer, und bei Versicherungen von dem Versicherten (§. 83).

*) Sintenis Civilrecht II S. 688. Hamburger M.O. S. 22. Seuffert X S. 57. Ungr. Gesetzart. tit. XIX art. 15. Reichshandelsges. Motive zu art. 22.

**) Frankfurter Waarenmacklerordn. v. 26/11 1799 art. 10. Hamb. M.O. §. 22. Devilleneuve et Massé Dictionnaire du contentieux commercial s. v. courtier No 93.

Da hier zunächst Uebereinkunft und Ortsgebrauch entscheiden sollen (§. 83 alin. 1) so erscheint es zweckmäßiger und ganz unbedenklich, für die subsidiäre Regel, den theoretisch allein richtigen Satz festzuhalten, daß jeder Mäkler von seinem Auftraggeber die ganze Courtage empfängt, und nur alsdann, wenn beide Theile denselben Mäkler beauftragt (nicht blos sich desselben bedient) haben, gegen einen Jeden den Anspruch auf halbe Courtage zu gewähren.*)

IX. Von den Handelsgesellschaften.

Unter allen Instituten des Handelsrechts verdient die Handelsgesellschaft vorzügliche Aufmerksamkeit nicht allein der Gewerbtreibenden und Juristen, sondern auch der Volkswirthschaftslehrer und Staatsmänner. Die täglich großartiger sich gestaltenden Dimensionen des Handels und der Industrie eröffnen unserem staunenden Auge einen unermeßlichen Prospekt auf eine kaum faßbare Höhe der Cultur und des allgemeinen Wohlstandes. Die drohende sociale Frage scheint einer Lösung auf demselben Wege entgegenzuschreiten, dessen Betretung jene riesenhaften Fortschritte mit sich führt: ich meine das Mittel der Association.

Die Formen, in welchen sich der Vergesellschaftungstrieb zu wirthschaftlichen Zwecken aller Art äußert, sind dem kaufmännischen Geschäftsverkehr entlehnt. Dem bewunderungswürdigen Scharfsinn und unvergleichlichen Takt des Handelsstandes, welchem das Wechselinstitut entsprossen ist, verdanken auch die vier Gattungen von Capitalzusammenlegungen ihren Ursprung, deren ebenso einfache als elastische Natur einem jeden wirthschaftlichen Einigungsbedürfniß die entsprechende Organisation zu bieten vermag. Dient die civilrechtliche Societätsform als Gelegenheitsgesellschaft der Einzelnspeculation, so gewähren die offene, die stille und die Aktien-Gesellschaft dem gewerbmäßigen Geschäftsbetrieb das erforderliche Gerüst.

So scharf und klar sich diese Formen von einander zu sondern scheinen, so ist doch die am meisten biegsame mittlere Gestaltung — denn das ist die Commanditengesellschaft sowohl geschichtlich als begrifflich — der überraschendsten Combinationen empfänglich. Hier findet sich an Stelle Eines Geschäftsinhabers (Complementars), wel-

*) Reichshandelsges. art. 23 und Motive.

chen Ein stiller Gesellschafter durch Capitalleistung hinzutritt, gar häufig auf Seiten des Prinzipals eine Collectivgesellschaft, auf Seiten des Commanditisten eine zweite Collectiv= oder eine Aktiengesellschaft, nur unselbstständig an die Person des Complementars gekettet.

Die Funktionen dieser Gesellschaftsformen für den Verkehr sind durchaus verschieden.

Zu bestimmten, vorübergehenden*) Geschäften reicht die einfachste Form in der Regel aus; übersteigen sie gleichwohl die Vermögenskräfte Weniger, so werden die nöthigen Mittel durch Aufnahme von Darlehen, durch Zeichnungsaufträge, ja wohl gar durch Bildung einer Commandit= oder Aktiengesellschaft beschafft, z. B. behufs der Uebernahme einer Anleihe, des Baues einer Eisenbahn, einer Wasserleitung, eines Industriepalasts, des Ankaufs einer großen Getreideladung, der Verproviantirung einer Armee. In diesem letzten, für den eigentlichen Handelsverkehr überaus seltenen Falle werden allerdings die Aktien= und Commanditengesellschaft, übrigens ohne ihre Natur zu verändern, einem blos vorübergehenden Bedürfnisse dienen.

Steht dagegen ein gewerbmäßiger Betrieb in Frage, so werden insbesondere zwei Momente auf die Form der Association bestimmend einwirken: die erforderliche Kapitalhöhe, welche natürlich durch Art und Umfang des Geschäftsbetriebs bedingt wird; und zweitens das Maaß persönlichen Einflusses, welches die Compagnons für die Leitung der Gesellschaftsangelegenheiten in Anspruch nehmen.

---

*) Die Grenze wird sich mitunter nur schwer ermitteln lassen. Ist es z. B. eine Einzelnspekulation, wenn auf eine gewisse Zeit (z. B. für die Dauer einer Industrieausstellung) eine Verkaufshalle (Industriepallast) erbaut und vermiethet, d. h. jedem Besucher gegen ein gewisses Eintrittsgeld eröffnet wird? Liegt ein bloßer Speculationsverein vor, wenn 50 Personen gemeinsam ein Schiff ausrüsten, um fortgesetzt mit demselben den Wallfischfang in der Südsee zu betreiben? Wie wenn 100 Bergleute mit dem Eigenthümer eines Bergwerks den in Cornwall üblichen Vertrag schließen, gegen gewisse Prozentantheile am Verkaufspreise einen gewissen Erzgang zwei Monate hindurch zu bearbeiten, und das Erz für den Markt fertig zu liefern? Unter den französischen Schriftstellern herrschen wichtige Differenzen. Man vergleiche z. B. Pardessus No. 1045, Malpeyre et Jourdain traité des sociétés p. 260 auf der einen Seite, und die von ganz anderen Gesichtspunkten ausgehenden Troplong le contrat de société no. 499 ff. und Delamarre et Lepoitvin a. a. O. II No. 245 ff.

Zu Unternehmungen, welche einer bedeutenden festen Kapitalanlage bedürfen, wird das Vermögen Einzelner selten ausreichen, oder es werden doch nur Wenige gesonnen sein, ihre ganze ökonomische Zukunft schlechterdings auf Einen Wurf zu setzen. Hier empfiehlt sich der Weg der Capitalassociation: in Form der Aktiengesellschaft, falls kein Theilnehmer eine solidarische Verantwortlichkeit übernehmen will, aber auch Keiner den überwiegenden Einfluß eines Prinzipals in Anspruch nimmt; in Form der Commanditengesellschaft, falls die Interessen der Theilnehmer in der Art verschieden sind, daß Einzelne, um die Geschäftsleitung in der Hand zu behalten, sich der unbeschränkten Verantwortlichkeit nach außenhin unterziehen, Andere mit der bescheideneren, aber auch sicheren Rolle von Kapitaleinlegern sich begnügen. Je nachdem die Zahl der Commanditisten geringer oder größer ist, wird eine einfachere Organisation genügen, oder eine der Aktiengesellschaft sich annähernde Einrichtung erforderlich sein. Nur muß auch in dem letzteren Fall an dem unterscheidenden Moment festgehalten werden, daß der Complementar einer Commanditgesellschaft auf Aktien niemals bloßer Geschäftsführer (Faktor), sondern wirklicher Prinzipal der Handlung ist*).

Der letzte Schritt zur Mobilisirung der Societät geschieht durch Ausgabe von Inhaberaktien. Eine Aktien- oder Commanditgesellschaft, deren Mitgliedschaft lediglich an den Besitz einer Antheilsurkunde geknüpft ist, bildet den geraden Gegensatz zu der gleichsam unbeweglichen Collectivgesellschaft, mit ihrer festbegrenzten und feststehenden, meist nur geringen Anzahl bestimmter Associés, deren Persönlichkeit überall im Vordergrund steht, in dem Umfang der Berechtigung wie der Verpflichtung, und die Existenz des Vereins selbst bedingt.

Mit diesen drei Grundformen dürfte sich der juristische Bildungstrieb im Wesentlichen erschöpft haben: Reine Personengesellschaft, reine Kapitalverbindung, und stille Gesellschaft zwischen beiden, aus Elementen beider zusammengesetzt. Innerhalb dieser Grundformen finden die verschiedenartigsten Interessen ausreichende Berücksichtigung, z. B. der Anspruch des bloßen Industriegesellschafters auf Vergütung seines eingebrachten Arbeitskapitals wird auch in der Aktiengesellschaft

*) Man pflegt ihn wohl Eigenthümer der Firma zu nennen.

durch Gewährung einer entsprechenden Aktienzahl befriedigt. Mit Recht haben darum auch sämmtliche neueren Gesetzbücher an diesen elementaren Typen festgehalten, bis auf das Portugiesische und Brasilianische, deren eigenthümliche Systematisirung jedoch ebenso unlogisch wie unvollständig ist. Die Classification der Ungarischen Gesetzartikel nach der Beschaffenheit der Firma ist eine rein äußerliche. An das Deutsche Gesetzbuch darf die Forderung gestellt werden, die bezeichneten Grundformen möglichst rein und consequent, dem Verkehrsbedürfniß entsprechend, nicht verkümmert durch Bevormundungsmaaßregeln von höchst zweifelhaftem Nutzen, durchzuführen.

Mit diesem Maaßstabe wenden wir uns wiederum dem Entwurf zu.

Derselbe behandelt die Lehre von den Handelsgesellschaften in angemessener Ausführlichkeit.

Titel 9. Von der Handelsgesellschaft im Allgemeinen (§. 85—90) giebt die Eintheilung und einige gemeinschaftliche Grundsätze. Tit. 10 behandelt die offene Handelsgesellschaft (§. 91—150), Tit. 11 die stille Handelsgesellschaft (§. 151—180), Tit. 12 die Aktiengesellschaft (§. 181—213), Tit. 13 die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (§. 214—218). Die Rhedergesellschaft ist besonders geordnet im Seerecht (§. 431—446).

Daneben finden sich, zerstreut an verschiedenen Orten, Bestimmungen über die Firma der Handelssocietät (§. 21. 22), deren Fallissement (§. 992—1002), die Compensation (§. 811), und einige prozessualische Vorschriften (§. 1048 No. 1. 1057. 1078 No. 3).

Im Einzelnen ist hier Vieles vortrefflich, mit praktischem Sinn und weiser Benutzung eines reichen Erfahrungsschatzes geordnet. Aber die Grundprinzipien erscheinen durchaus fehlerhaft, die brennenden Hauptfragen durchweg in unrichtigem Sinne beantwortet.

Die Verfasser sind darum nicht zu tadeln. Ein hochbegabter Jurist, in welchem das Preußische Obertribunal seine erste handelsrechtliche Autorität, die Preußische Handelsrechtslitteratur ihren talentvollsten Schriftsteller verloren, der zu früh verstorbene Gelpke, hatte mit leidenschaftlicher Einseitigkeit die Anschauungen der Französischen Jurisprudenz umfangen, und in ihnen das im Bewußtsein des Handelsstandes lebende Recht zu finden gewähnt. Seine „Zeitschrift“

hatte für diese Ansichten die erfolgreichste Propaganda gemacht, eine auch unter den Deutschen Rechtsgelehrten verbreitete Doctrin war ihnen auf halbem Wege entgegengekommen, die völlige Lethargie der Preußischen Rechtswissenschaft und der überhandnehmende Einfluß der Rheinischen Juristen halfen den Sieg entscheiden. Schon die Concursordnung vom 8. Mai 1855 hat diesen Weg betreten, das Handelsgesetzbuch will das neue Dogma auch principiell feststellen.

Wir freuen uns der gebotenen Gelegenheit zur endlichen Ausfechtung des alten Kampfes. Die Akten sind vorlängst spruchreif. An den Vertretern des Deutschen Handelsstandes und der Deutschen Rechtswissenschaft ist es nun, das dem Deutschen Rechtsbewußtsein entsprechende Urtheil zu fällen.

Der Entwurf gibt, nach dem Code de commerce art. 19. 47, folgende Eintheilung:

§. 85. Das Gesetz erkennt drei Arten von Handelsgesellschaften an, und außerdem Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.

§. 86. Die Handelsgesellschaften sind:

1. die offene Handelsgesellschaft,
2. die stille Handelsgesellschaft,
3. die Aktiengesellschaft.

Dagegen ist Folgendes einzuwenden:

1) Der Gelegenheitsgesellschaft (association en participation) darf die Bezeichnung Handelsgesellschaft nicht versagt werden, denn das ist eine jede Vereinigung zum Betrieb von Handelsgeschäften, gleichviel ob zum gewerbmäßigen, oder mit der Beschränkung auf einzelne Unternehmungen.

2) Aktien- und Commanditgesellschaft bilden keinen ausschließenden Gegensatz zur Gelegenheitsgesellschaft, da die Benutzung dieser Societätsformen, wie oben bemerkt, auch zu bestimmten vorübergehenden Zwecken möglich ist und zulässig sein muß.

3) Es darf nicht die Aktiengesellschaft schlechthin, ohne Rücksicht auf den Vereinszweck, als Handelsgesellschaft bezeichnet werden, da diese Associationsform auch vielen nicht commerciellen Zwecken zu dienen vermag, als der Errichtung von Schulen, Sparkassen, Leihhäusern, Hypothekenbanken, Academien, Waisenhäusern, Drainirungsanstalten u. dgl. mehr.

4) Das Gesetzbuch darf nicht 4 Arten von Handelsgesellschaften

anerkennen, und damit stillschweigend allen anderen möglichen Arten die Anerkennung versagen. Allerdings scheint es durchaus unwahrscheinlich, daß zu der regelmäßig civilrechtlichen Form des Speculationsvereins und den 3 Grundformen der gewerbmäßigen Handelsgesellschaft noch andere, wirklich selbstständige Formen hinzutreten könnten; indeß darf unsere beschränkte Einsicht nicht einem möglichen Entwickelungsprozeß hemmend in den Weg treten.

Es bedarf einer Eintheilung überhaupt gar nicht. Das Gesetzbuch mag sich darauf beschränken, das ganze Institut der Handelsgesellschaft in Einem Titel mit 4 Abschnitten für die einzelnen Arten derselben zu behandeln, und der Wissenschaft überlassen, die Consequenzen zu ziehen.

Erscheint jedoch eine Eintheilung durchaus erforderlich, so dürfte die folgende den Vorzug haben, nach keiner Seite beengende Fesseln aufzuerlegen.

1. Handelsgesellschaften werden entweder zu gewerbmäßigem Betrieb oder zur Unternehmung einzelner Handelsgeschäfte eingegangen.

2. Gesellschaften zu gewerbmäßigem Handelsbetrieb werden geschlossen in Form der offenen Gesellschaft, der stillen Gesellschaft, der Aktiengesellschaft. —

Für die drei Arten der Handelsgesellschaften, welchen der Entwurf allein diese Bezeichnung zuerkennt, werden folgende gemeinschaftliche Grundsätze aufgestellt, deren wörtliche Aufführung zweckmäßig erscheint:

§. 87. Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbstständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben.

§. 88. Das Vermögen der Gesellschaft haftet den Gläubigern der Gesellschaft vorzugsweise.

Die Privatgläubiger eines Gesellschafters haben nur auf dasjenige Anspruch, was demselben bei der Vertheilung des Gewinnes und der Auseinandersetzung zufällt.

§. 89. Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, muß gleich jedem andern Gesellschafter alle vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten anerkennen.

§. 90. Der ordentliche Gerichtsstand einer Handelsgesellschaft ist bei dem Handelsgerichte des Bezirks, in welchem die Gesellschaft ihre Hauptniederlassung hat. Vgl. auch §. 1057.

§. 811. Was Jemand einer Handelsgesellschaft schuldet oder von ihr zu fordern hat, kann mit demjenigen, was derselbe nur von einzelnen Gesellschaftern zu fordern hat oder ihnen schuldet, in Ansehung des Gesellschaftsvermögens nicht compensirt werden.

§. 992. Wenn eine Handelsgesellschaft ihre Zahlungen einstellt, so findet die Eröffnung des Konkurses statt, sofern die Liquidation und die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens noch nicht beendigt ist.

In der Anzeige der Zahlungseinstellung ist zugleich der Name und der Wohnort der persönlich haftenden Gesellschafter anzugeben *).

§. 993. Auf den Grund der Zahlungseinstellung der Gesellschaft ist über das Gesellschaftsvermögen ein selbstständiger Konkurs in dem ordentlichen Gerichtsstande der Gesellschaft zu eröffnen.

§. 994. An dem Konkurse über das Gesellschaftsvermögen sind nur die Gläubiger der Gesellschaft Theil zu nehmen berechtigt.

Dieselben können gleichzeitig in den Konkursen über das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter als Gläubiger für den ganzen Betrag ihrer Forderungen auftreten **).

§. 997. Wenn nur ein Mitglied einer Handelsgesellschaft seine Zahlungen einstellt, so ist an die Konkursmasse desselben sein Antheil von dem Gesellschaftsvermögen herauszugeben. Die übrigen Gesellschafter haben das Recht, den dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Antheil an den Gesellschaftsschulden in Abzug zu bringen, ohne daß sie sich deshalb in den Konkurs einzulassen verpflichtet sind. Sie haben jedoch die Konkursmasse gegen die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger sicher zu stellen.

Der Entwurf bedient sich zwar des Ausdrucks juristische Person nicht, allein es unterliegt, weder nach dem Wortlaut und dem Inhalt des §. 87, noch nach den gezogenen Consequenzen irgend welchem Zweifel, daß die technisch sogenannte Handelsgesellschaft als solche gelten soll.

---

*) Alinea 3. 4 geben einige weitere Modalitäten.

**) Die §§. 995. 996 enthalten entsprechende Bestimmungen über den Accord.

Deutsche Rechtslehrer haben allerdings den Versuch gemacht, ein Mittelding zwischen Gemeinschaft und juristischer Person aufzustellen: ein eigenthümliches Rechtssubject, welches bald dem nebelhaften Begriff einer Genossenschaft untergeordnet wird (wie neuerdings von Bluntschli und Beseler) bald unter dem abenteuerlichen Namen einer Collectivperson erscheint (Morstadt und Brinckmann). Zu welchen ungeheuerlichen Phantasiegebilden die Sucht nach originaler Construction verführt hat, dürfte eine Probe aus Morstadt's Commentar über das Handelsrecht zur Genüge darlegen:

S. 61. 62: „Der Verein, welchen die Gesellschaft bildet, ist keineswegs eine Corporation — wohl aber — ein verabredungsweise entstandener Gesammtwillensträger, eine intellectuelle Collectivperson, welche zwar nichts mehr und nichts weiter vorstellt als die Summe aller addirten Einzelnwillenskräfte; aber doch von jeder dieser Einzelnwillenskräfte ebenso numerisch (— wenn gleich nicht specifisch —) verschieden ist, wie das Dreigespann vom Eingespann; und das Gesellschaftsvermögen ist eine sogenannte universitas juris, von welcher die Regeln (?) gelten: bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, und res succedit in locum pretii et pretium in locum rei; befindlich im condominio pro indiviso (!): so daß jeder Compagnon zu ideeller (!) Rate den Miteigenthümer (!) davon vorstellt."

Den Entwurf trifft dieser Vorwurf nicht.

Will man die Handelsgesellschaft nicht als reine Societät gelten lassen, sondern ihr Rechtssubjectivität beilegen, so bleibt vernünftigerweise nur übrig, sich der französischen Jurisprudenz anzuschließen, welche derselben juristische Persönlichkeit zuerkennt.

Zunächst entsteht hier jedoch das Bedenken, ob auf die verschiedenen Arten der Handelsgesellschaft überhaupt ein gleiches Prinzip anwendbar sei*). Die obige Entwickelung dürfte dargethan haben, daß das innere Wesen der hier besprochenen drei Formen der Handelssocietät ein grundverschiedenes ist, daß sie durchaus verschiedenartigen Verkehrsbedürfnissen zu dienen bestimmt sind. Mit welchem Rechte darf man sie alle unter Einen Hut bringen? Wir geben zu und werden darzulegen versuchen, daß für reine Capitalvereine, wie

*) In Anerkennung dieser Verschiedenheit spricht z. B. Bluntschli der stillen Gesellschaft den genossenschaftlichen Charakter ab; Andere, wie Thöl und Brinckmann, wollen sie nach außen hin gar nicht als Societät gelten lassen.

die Aktiengesellschaft, manche Grundsätze von den juristischen Personen völlig anwendbar sind, daß die Anerkennung dieser Anwendbarkeit einen entschiedenen Fortschritt mit sich führen würde — aber das Deutsche Handelsrecht dürfte guten Muths auf diesen Vortheil verzichten, falls er an die Bedingung geknüpft wäre, auch die offene und stille Handelsgesellschaft nach gleichen Prinzipien zu behandeln.

Es ist nicht anzunehmen, daß theoretische Bedenken über die Natur der Handelsgesellschaft die Verfasser des Entwurfs zu ihrer Construction veranlaßt haben. Sie gingen vermuthlich von bestimmten, unmittelbar praktischen Rechtssätzen aus, deren Geltung sie im Interesse des Handelsverkehrs für erforderlich erachteten, und denen sie durch Aufstellung der juristischen Persönlichkeit nachträglich eine theoretische Unterlage zu geben versuchten. Vielleicht wäre es zweckmäßiger gewesen, und manche Streitfrage vermieden worden, wenn man sich mit diesen praktischen Sätzen begnügt, und der Wissenschaft die Mühe der Systematisirung überlassen hätte. Doch es ist besser und fruchtbarer, daß nunmehr die principielle Erledigung geboten ist.

Die Wichtigkeit der Sache erfordert, daß wir dem Entwurf Schritt für Schritt folgen, und lieber den Vorwurf allzu großer Ausführlichkeit als ungründlichen Absprechens auf uns laden wollen. Auch erscheint es gerathen, das Wesen der Handelsgesellschaft zunächst auf sich beruhen zu lassen, dagegen zuförderst nach rein legislativen Gesichtspunkten zu bestimmen, ob die erstrebten einzelnen Rechtssätze überhaupt förderlich sind, welches ihr Verhältniß zum geltenden Recht ist, ob sie die Annahme einer besonderen Rechtssubjectivität rechtfertigen, welche Vortheile oder Nachtheile mit einer solchen Annahme verknüpft sind. Die drei Formen der Handelsgesellschaft sind dabei einzeln ins Auge zu fassen.

1. Die offene Handelsgesellschaft.

I. Unter allen praktischen Fragen steht im Vordergrund, ob den Gesellschaftsgläubigern vorzugsweise Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zustehe. Die Vertheidiger dieses Vorzugsrechts haben nicht selten zwei Punkte zusammen geworfen: die Rechte der Gesellschafter gegen einander, und die Rechte der Gesellschaftsgläubiger gegen ihre Schuldner, die einzelnen Associés. Diese sind sorgfältig zu scheiden:

A. Die Mitglieder einer offenen Gesellschaft werden durch die

unter der Societätsfirma abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäfte dem Gläubiger in der Regel auf das Ganze, als Correalschuldner, verpflichtet; soweit der Einzelne über seinen Societätsantheil zahlt, darf er sich an die Uebrigen pro rata regressiren. Fallirt ein Gesellschafter, so löst sich die Societät auf, und die Gantmasse des Falliten ist befugt, den Societätsantheil des Letzteren mit der Theilungsklage zur Masse zu ziehen. Wollte man ihr nun gestatten, den Antheil an den Societätsaktivis allein herauszuziehen, so würden die übrigen Gesellschafter empfindlichen Schaden leiden, da ihnen die solidarische Haftung gegen die Gläubigen droht, der mögliche Regreß dagegen factisch entzogen oder doch geschmälert wird. Nöthigte man diese, sich wegen ihrer Regreßansprüche in den Concurs einzulassen, so wäre die Eingehung einer Gesellschaft „das gewagteste aller Geschäfte *)."

Mit billiger Rücksicht hierauf gestattet schon das Römische Recht denjenigen Gesellschaftern, welche nach außen zum Vollen haften, ihren Regreß gegen den Falliten durch Vorwegnahme des den Letzteren treffenden **Antheils** an den fälligen Societätsschulden zu sichern, so daß nur der Rest zur Masse gelangt; für noch nicht fällige Societätsschulden ist ihnen Caution zu leisten **). Man wird mit dem Preußischen Recht und dem Entwurf noch weiter gehen, und selbst in Betreff betagter Schulden die antheilige Vorwegnahme, allenfalls gegen Abzug des interusurii, gestatten dürfen ***).

Zeigt sich später, daß zu viel zurückbehalten ist, weil Societätsgläubiger, wider Erwarten, statt die solventen Gesellschafter zu belangen, sich an die Fallitmasse halten, so würde der Ueberschuß an diese herausgegeben werden müssen, und nachträglich zur Vertheilung kommen.

Dieses Separationsrecht dient lediglich, den Regreß der solventen

---

*) **Günther** der Concurs der Gläubiger. Leipzig 1852. S. 55—57.

) L. 27. 28. 38 pr. D pro socio (17, 2). l. 14 §. 3 D com. divid. (10, 3). l. 41 D de jud. (5, 1). **Treitschke Gewerbsgesellschaft S. 238—254. **Günther** a. a. O. **Brinckmann's** Einwürfe (Handelsrecht S. 180 Not. 7) laufen auf eine petitio principii hinaus, und auf eine Verwechselung der Rechte der Gesellschafter mit dem angeblichen Recht der Gesellschaftsgläubiger. Das Preußische Recht hat er mißverstanden.

***) A.G.O. I 50 §. 289. 290. Pr. Conc.-O. vom 8/5 55 §. 36. 291. 249. 250. Entwurf §. 997. 133.

Gesellschafter gegen den Falliten zu sichern, und muß daher auf den Societätsantheil des Letzteren an den Gesellschaftsschulden sich beschränken. Den Gesellschaftsgläubigern kommt es nicht zu Gute, und sie bedürfen desselben nicht, da sie hinlänglich durch die correale Haftung der solventen Gesellschaft gedeckt sind; wollen sie thörichter Weise gerade gegen den Falliten ihre Ansprüche geltend machen, so concurriren sie freilich mit dessen Privatgläubigern.

B. Ganz anders verhält es sich mit dem zweiten Punkt: ob über die Handelsgesellschaft als solche ein Particularconcurs mit ausschließlicher Concurrenz der Gesellschaftsgläubiger statthaft sei, oder ob doch mindestens in den Concursen der einzelnen Compagnons den Gesellschaftsgläubigern ein Separationsrecht in Betreff deren Societätsantheile zukomme.

Ein solches Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger läßt sich nicht aus dem Separationsrecht der Gesellschafter herleiten — dergleichen Versuchen*) liegt ein arges Mißverständniß zu Grunde. Das fragliche Privilegium wird nur dann bedeutsam sein, wenn kein Compagnon zur vollen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger im Stande ist, also wenn sämmtliche Gesellschafter fallit sind. In diesem Falle hat indessen auch das Separationsrecht der Gesellschafter gegen einander keinen Sinn mehr, da es lediglich dazu dienen soll, die solventen Gesellschafter gegen die aus dem Fallissement der Uebrigen für sie erwachsende Gefahr zu schützen, nunmehr allein die vollen Societätsschulden bezahlen zu müssen. Sind aber Alle insolvent, so ist die Gefahr für Alle gleich groß, Alle hätten Regreßansprüche gegen einander, und diese gegenseitigen Ansprüche würden sich, vorausgesetzt, daß die Societätsantheile gleich sind, vollständig ausgleichen. Auf diese Separation würden ferner die Societätsgläubiger nicht kraft eigenen Rechts, sondern nur als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners, einen Anspruch haben. Es ist aber erst zu beweisen, daß sie allein an die Stelle des Gemeinschuldners treten, und nicht zugleich dessen Privatgläubiger.

Eine Consequenz aus dem Separationsrecht der Gesellschafter unter einander ist also das Vorzugsrecht nicht.

---

*) Motive zum Reichshandelsges. S. 116. Brinckmann Handelsrecht S. 202. Bluntschli Deutsches Privatrecht II S. 102. So im Wesentlichen auch ein Urtheil des Preußischen Obertribunals vom 30/11 1838 (Jur. Wochenschrift für die Preuß. Staaten V S. 857 ff. 881 ff.).

Die im Eingang aufgeführten Bestimmungen des Entwurfs sind der Preußischen Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 entnommen. Die hier fehlenden Motive werden sich daher aus der Regierungsvorlage und den Commissionsberichten der Preußischen Kammern zur Concurs-Ordnung *) ergeben.

Für die Anerkennung des Vorzugsrechts werden dort geltend gemacht: die aus dem Handelsbedürfniß hervorgegangenen Ansichten der Handelswelt, und die Nothwendigkeit, eine Uebereinstimmung der Preußischen Gesetzgebung mit dem Recht anderer Handelsstaaten herbei zu führen.

Daß solche Ansichten weit verbreitet sind **), läßt sich ohne Weiteres zugeben, nur nicht für die Deutsche Rechtswissenschaft; daß sie aus dem Bedürfniß des Handelsverkehrs hervorgegangen seien, muß durchaus in Abrede gestellt werden; daß das bestehende Recht anderer Handelsstaaten dieselben adoptirt hat, ist nur theilweise richtig. Die rein theoretische Begründung aus der Natur der Handelsgesellschaft, als eines besonderen Rechtssubjects, mag zunächst auf sich beruhen bleiben, da diese Natur gerade in Frage steht, und nicht zugleich aus der Rechtssubjectivität der Societät auf die Nothwendigkeit des Particularconcurses, und aus der Statthaftigkeit des Particularconcurses auf die nothwendige Existenz einer eigenthümlichen Rechtssubjectivität geschlossen werden darf.

1. Gegen das angebliche Bedürfniß ist Folgendes zu erinnern.

Erstens. Nach dem Entwurf werden eröffnet ein Fallimentsverfahren über die Handelsgesellschaft als solche, und überdies so viele einzelne Concurse als Gesellschafter vorhanden sind.

Dem gemeinen Deutschen Recht, wie bis vor Kurzem auch dem Preußischen, ist der Particularconcurs über die Gesellschaft unbekannt, das Fallimentsverfahren wird nur über das Vermögen jedes einzelnen Associé's eröffnet.

Wir erhalten hier Ein Concursverfahren mehr, und zwar unter

*) Vgl. Commentar und vollständige Materialien zur Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. Berlin 1855. Zu §§. 35. 286—290. (S. 134 ff. 444 ff.)

**) Die gründlichste Widerlegung derselben giebt Hürlimann Das Verhältniß der Societätsgläubiger zu den Privatgläubigern im Concurse der offenen Handelsgesellschaft. Zürich 1846. Einige für diese Ansicht angeführte Schriftsteller sprechen von dem Ersten Punkt z. B. Voet Comment. XVII, 2. §. 22. Leyser medit. spec. 185. coroll.

Umständen, wo vielleicht nicht die geringste Veranlassung zu irgend welcher Ganteröffnung vorliegt.

Nehmen wir an, daß A, B und C eine offene Gesellschaft bilden, und daß zu einer gewissen Zeit deren Activa 150,000 Thaler, deren Passiva hingegen 240,000 Thaler betragen. A und B haben neben ihrem Societätsantheil ein schuldenfreies Privatvermögen von je 80,000 Thaler, welches sie nicht Willens sind, in die Societät zu stecken. Diese stellt ihre Zahlungen ein. Nach Deutschem Recht wird nun gar kein Concurs eröffnet, falls nicht die Gesellschaftsgläubiger so thöricht sein sollten, sich wegen der Gesellschaftsschulden an C allein zu halten. Wenden sie sich Alle an A, oder Alle an B, so reicht das schuldenfreie Privatvermögen eines Jeden, in Verbindung mit seinem Societätsantheil, vollkommen aus, allen Verbindlichkeiten zu genügen. Nach dem Entwurf dagegen haben wir vier verschiedene Concurse, darunter zwei über völlig solvente Personen.

Nicht größeren Nutzen bringt das mildere System, welches von einem Theile*) der französischen Schriftsteller empfohlen wird, und, in consequenterer Durchführung der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft, sich noch weiter von dem Grundsatz der reinen Correalhaftung sämmtlicher Compagnons entfernt. Das Fallissement der Societät soll nicht nothwendig das Fallissement der einzelnen Gesellschafter nach sich ziehen, jedoch das Privatvermögen der Letzteren, um ihrer subsidiären Haftung willen, versiegelt und in Beschlag genommen werden. Wozu aber dieses kostspielige Gantverfahren, diese extraordinären Maaßregeln, welche die öconomische Existenz der Associés aufs höchste gefährden, wenn, wie in unserem Falle, vorneweg feststeht, daß alle Gesellschaftsschulden vollständig gedeckt werden können?

Zweitens. Nach dem Entwurf nehmen an dem Concurs über das Gesellschaftsvermögen lediglich Gesellschaftsgläubiger Theil; nur der etwaige Ueberschuß kommt an die Privatmassen zur Vertheilung. An diesen aber participiren neben den Privatgläubigern wiederum die Gesellschaftsgläubiger, und zwar mit dem Recht, nicht allein den im Societätsconcurs erlittenen Ausfall, sondern den vollen,

*) Vgl. die Streitfrage bei Sirey Codes annotés zum Code de comm. art. 437 no. 38 ff. Dafür auch Holtius Het Nederlandsche Faillitenregt (Utrecht 1850) zu art. 794. 765 des Holl. Handelsgesetzbuchs, und Gelpke Zeitschr. II S. 31. 32. 34.

ursprünglichen Betrag ihrer Forderungen gleichzeitig bei jeder Masse zu liquidiren.

Die Preußische Concursordnung §. 288 beschränkt, der ursprünglichen Regierungsvorlage entgegen, das Locationsrecht in den Privatmassen auf den im Societätsconcurs erlittenen Ausfall; der Entwurf dagegen ist zu der von beiden Kammern verworfenen Regierungsvorlage zurückgekehrt.

Zuförderst leuchtet die krasse Unbilligkeit gegen die Privatgläubiger ein. Die Gesellschaftsgläubiger erhalten die Societätsactiva zur ausschließlichen Befriedigung. Den Privatgläubigern aber kommt nicht etwa, nach gleichem Maaße, das Privatvermögen vorzugsweise zu, sondern sie müssen sich die Concurrenz der Societätsgläubiger gefallen lassen. Und zwar eine Concurrenz unter doppelt erdrückenden Bedingungen. Einmal darf jeder Gesellschaftsgläubiger seine Forderung bei jeder Privatconcursmasse gleichzeitig liquidiren — nach dem Prinzip der Correalhaftung*) sämmtlicher Associés. Zweitens wird er bei jeder Masse mit seiner ganzen Forderung locirt, ohne alle Rücksicht darauf, daß er dieselbe gleichzeitig bei der Societätsmasse geltend macht, also sichere Aussicht hat, dort wenigstens theilweise befriedigt zu werden.

Gesetzt, daß A, B und C zu gleichen Antheilen ein Manufakturwaarengeschäft betreiben, und daß B ein sehr geringes Privatvermögen, C keines besitzt, Beide aber aus Handelsgeschäften, welche sie für eigene Rechnung, theils vor Eingehung der Handelsgesellschaft, theils später geschlossen haben, eine bedeutende Summe schulden, so würden die Privatgläubiger des B sehr wenig, die Privatgläubiger des C gar nichts erhalten, während die Societätsgläubiger vielleicht vollständig gedeckt werden!

Auch die Privatgläubiger des C sind Gläubiger aus Handelsgeschäften, und hatten keinen Grund, der Zahlungsfähigkeit ihres Schuldners zur Zeit der Creditirung zu mißtrauen. Das Privileg der Handelsgläubiger führt sonach zu völliger Schutzlosigkeit der

---

*) Nach welchen Prinzipien die Location gegen Correalschuldner zu geschehen hat, ist bekanntlich streitig. Vgl. Treitschke a. a. O. S. 254—262 und dessen Encyclopädie der Wechselrechte II S. 362—379. Thöl Wechselrecht §. 292. Code de comm. art. 542—544. Preuß. Conc.-O. §. 87 und Commentar S. 223 bis 228.

Privatgläubiger — sie dürften niemals dem Associé einer offenen Gesellschaft irgend welchen Credit gewähren, bevor sie sich überzeugt haben, daß er außer seinem Socitätsgut auch noch anderes Vermögen besitzt, ja daß er dieses Vermögen niemals in die Gesellschaftshandlung stecken werde! Steht er noch nicht in einer Societät, so müßte er um jeden Preis verhindert werden, einer solchen beizutreten.

Man hat wohl auf die Gefahr hingewiesen, welche den Societätsgläubigern durch die Concurrenz privilegirter Privatgläubigern erwachsen könnte*). Durch privilegirte Forderungen wird solche Gefahr allerdings erzeugt, nicht jedoch durch Theilnahme zu gleichen Rechten. Die Gesetzgebung hat aber die Aufgabe, die Concursprivilegien auf das nothwendigste Maaß einzuschränken, nach dem Vorgang der in den Entwurf übergegangenen Grundsätze der Neuen Preußischen Concursordnung. —

Es ist ferner für dieses Privileg angeführt worden, daß die Gesellschaftsgläubiger die Höhe ihres Credits nach dem Umfang des Societätsfonds einrichteten, und um deswillen zur vorzugsweisen Befriedigung aus demselben befugt seien. Der Schluß ist nicht zutreffend, der Vordersatz aber völlig irrig, und zeugt von vollständiger Unkenntniß der Handelsverhältnisse.

1) Die Höhe des Betriebfonds einer offenen Gesellschaft ist dritten Personen in der Regel ganz unbekannt; sie werden selten wagen, sich nach derselben zu erkundigen, und noch seltener werden die Gesellschafter Willens sein, ihnen darüber Rechenschaft zu geben. Ohnehin kann der Fonds mit jedem Tage wechseln, sei es durch das Ergebniß der Speculationen, sei es durch Zuschüsse aus dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter, oder durch völlig zulässige, weil mit Zustimmung Aller erfolgte, theilweise Zurückziehung zu anderen Zwecken.

2) Wäre dieser Fonds auch dem Publikum bekannt und unveränderlich, so würde er die Höhe des Credits um deswillen nicht bestimmen können, weil nicht gleichzeitig der Umfang der Passiva bekannt ist und dauernd feststeht.

3) Es stände schlimm um den Handelsverkehr, wenn die Be-

---

*) Insbesondere: (Cleynmann) Von Handlungsgesellschaftern, ihrer Auseinandersetzung, Gesellschafts- und der Gesellschafter Partikular-Gläubigern. Frankfurt 1825.

ziehungen zu einer offenen Gesellschaft auf der gebrechlichen Basis ihres zufällig bekannten, veränderlichen Handlungsfonds beruhten. Vielmehr bestimmt hier die Persönlichkeit der Associés vorzugsweise den Umfang der Geschäftsverbindung. Mit Kaufleuten, welche als besonnene und ehrenhafte Geschäftsmänner, deren Vermögensverhältnisse als günstig gelten, knüpft man bereitwillig Beziehungen an, ohne Unterschied, ob sie viel oder wenig in den Societätsfond gesteckt haben. Die Solidität des Geschäftsfreundes, und dessen Vermögensverhältnisse im Ganzen werden berücksichtigt, weil diese allein in Betracht kommen. Die Haftung jedes Einzelnen mit seinem ganzen Vermögen und zum vollen Betrage bestimmen den Credit der offenen Gesellschaft. In der Correalverpflichtung sämmtlicher Associés liegt das wichtige und völlig ausreichende Privileg der Societätsgläubiger.

4) Wie diese auch auf das Privatvermögen rücksichtigen, so haben die Privatgläubiger gleichfalls das ganze Vermögen, also auch den Societätsantheil, bei der Creditgewährung im Auge. Das Mitglied einer angesehenen Firma findet überall leicht Credit, mag es Privatvermögen besitzen oder nicht. Das Vertrauen des Publikums würde unverantwortlich getäuscht, sollte diese Stellung materiell völlig einflußlos sein.

2. Eben so schlimm, wie mit der inneren Begründung, steht es um die äußere Autorität, auf welche dieses Vorzugsrecht sich stützt.

Ein Deutsches Handelsgesetzbuch hat zunächst das geltende Recht zu sichten und sicher zu stellen; neues nur da zu schaffen, wo ein dringendes Verkehrsbedürfniß es erfordert. Wir haben so eben dargethan, daß das wirkliche Interesse des Handels die gleiche Behandlung der Gesellschafts- und Privatgläubiger erfordert. Der fragliche Rechtssatz ist aber für Deutschland vollkommen neu. Bis auf die Preußische Concursordnung vom 8. Mai 1855, welche bereits unter dem Einfluß der französischen Theorie entstanden ist, erkennt, meines Wissens, kein Deutsches Gesetz ihn an. Die Hamburger Fallitenordnung vom 21. August 1753 schließt allerdings die Privatgläubiger vom Societätsfonds aus, giebt ihnen dafür aber auch ein Vorzugsrecht an dem Privatvermögen vor den Gesellschaftsgläubigern. Auch dieser Theilungsmodus ist willkührlich, aber doch himmelweit verschieden von dem System des Entwurfs. —

In der Deutschen Rechtswissenschaft hatten bis vor Kurzem

nur wenige vereinzelte Stimmen sich für das Vorzugsrecht ausgesprochen, sie waren meist ohne Versuch einer Widerlegung verschollen. Keine von den anerkannten Autoritäten des Deutschen Civil-, Handels- und Prozeßrechts war dieser Theorie beigetreten — in der Deutschen Praxis findet sich kaum eine Spur derselben*).

Sogar in der Preußischen Rheinprovinz hat man sich lange Zeit des Einflusses der französischen Doctrin zu erwehren gesucht. Ja diese selbst hat sich erst in neuester Zeit gekräftigt, denn noch Duranton**) behandelt die Frage als controvers, und viele ältere Schriftsteller wissen von dem Privilegium gar nichts. In der That bieten die Französischen Gesetze — wie auch Gelpke einräumen muß (Zeitschr. II S. 70) — durchaus keine Handhabe, so wenig, wie für die angebliche juristische Persönlichkeit der Gesellschaft, auf welche, in Ermangelung jedes anderen Grundes, Pardessus, Frémery, Troplong nebst ihren Anhängern den Particularconcurs und das Vorzugsrecht der Societätsgläubiger stützen.

Erst unter dem Einfluß der französischen Rechtslitteratur haben auch in Deutschland namhaftere Stimmen sich für das Privilegium erklärt: nämlich alle Diejenigen, welche der Handelsgesellschaft eine besondere Rechtssubjectivität beilegen. Den Mangel wirklicher Begründung wissen sie, gleich ihren französischen Vorbildern, durch die Kühnheit ihrer Behauptungen zu verdecken.

Der Satz sei „Allgemeiner Gerichtsbrauch von Europa, Treitschke sei fast der einzige Gegner“ (Morstadt S. 62), sei „im allgemeinen Gewohnhheitsrecht begründet, etwaige particularrechtliche Abweichungen müßten nachgewiesen werden“ (Brinckmann S. 129***). Für dieses Europäische Gewohnheitsrecht werden folgende Zeugnisse beigebracht:

---

*) Vgl. die sorgfältigen Nachweise bei Hürlimann a. a. O. Dazu aus neuester Zeit Sintenis Civilrecht II S. 720. Seuffert Prakt. Pandektenr. II S. 352. Bayer Concursprozeß §. 21. Günther Concurs S. 106 ff. Seuffert's Archiv III S. 428. V. S. 105.

**) Cours de Droit français XVII no. 457.

***) Im §. 53 stützt Brinckmann ihn auf seine Theorie von der Collectivperson, deren Vermögen eine auch nach Auflösung der Gesellschaft bestehen bleibende universitas juris bilde. Wie Walter Deutsches Privatrecht 2 S. 334 Not. 2, mit Berufung auf Brinckmann, erklären kann, daß „die Jurisprudenz über diesen Satz einig“ sei, ist freilich schwer begreiflich.

1. Eine allerdings bejahende Vorschrift des reformirten Stadtrechts von Genua von 1589 (lib. 4 cap. 12).

2. Die Italienischen Rechtslehrer Straccha und Casaregis. Allein beide so gewichtige handelsrechtliche Autoritäten behandeln und bejahen nur die völlig verschiedene Frage, inwiefern bei verschiedenen Etablissements Einer Societät, oder bei verschiedenen Societäten, welche theilweise aus denselben Personen bestehen, die Gläubiger eines jeden Etablissements oder einer jeden Societät befugt seien, sich aus den Fonds dieses Geschäfts mit Ausschluß der Gläubiger des anderen Etablissements oder der anderen Societät zu befriedigen*). Wäre dieser Satz, den selbst Schriftsteller des heutigen Handelsrechts und Hauptverfechter einer durchaus modernen Anschauungsweise desselben auf die ganz singulären Vorschriften des Römischen Rechts über den Handelsbetrieb der Sklaven zu stützen suchen**), auch völlig begründet, so wäre er für unsere Frage doch gänzlich einflußlos. Denn es handelt sich hier nicht um verschiedene Etablissements, oder verschiedene Gesellschaften, sondern um Ein Etablissement Einer offenen Gesellschaft, und um die Concurrenz von Societäts- und Privatgläubigern in Betreff der Activa dieser Einen Niederlassung.

3. Weitere Stützen sollen bieten die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung I 50 §. 289 und die Hamburger Fallitenordnung art. 64.

Allein wir haben oben gesehen, daß das ältere Preußische Recht

---

*) Straccha tract. de decoct. pars V no. 13. Casaregis disc. leg. 39 no. 18—21. disc. 146 no. 54. Auch Ansaldis de commercio et merc. disc. 4 no. 13 geht nicht weiter. Der einzige Scaccia de comm. et cambio, welcher allerdings die Frage bejaht (§. VI gl. 1. no. 94) erklärt ausdrücklich, daß er nur Genuesisches Recht im Auge habe; im Uebrigen verwirft er in No. 96 die Ausdehnung des Separationsrechts auf den Fall Eines Etablissements entschieden.

**) Diese Regeln sind sicherlich antiquirt. Höchstens wäre von ihnen noch alsdann Gebrauch zu machen, wenn ein der väterlichen Gewalt nicht entlassener Haussohn gleichwohl mit väterlicher Einwilligung verschiedene Handelsgeschäfte mit getrenntem Verlage betriebe. Uebrigens concurrirt ja hier der Vater, obwohl nicht Handelsgläubiger. Weiter geht selbst Glück nicht (Pandektencommentar XIV S. 267—278), welchen Morstadt als Gewährsmann seiner Ansicht citirt! Sieh auch Hürlimann a. a. O. S. 56—79. Bayer Concurspr. §. 21. Günther a. a. O. S. 25. 107. Thöl Handelsrecht §. 19 Not. 8. v. Vangerow III S. 244. Archiv für Rechtsfälle X S. 142 ff.

bis zur Concursordnung zwar ein Separationsrecht der solventen Gesellschafter gegen den fallitten Associé kennt, nicht dagegen einen Particularconcurs über das Societätsvermögen und ein Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger.

Die Hamburger Fallitenordnung schließt freilich die Privatgläubiger von dem Societätsvermögen aus, aber ebenso auch umgekehrt die Societätsgläubiger von den Privatmassen. Weiter geht auch die Englische und Amerikanische Praxis nicht, und daß sie auch nur so weit geht, wird von dem ersten Amerikanischen Juristen entschieden gemißbilligt*).

4. Es bleiben also, außer den französischen Juristen und dem Stadtrecht von Genua, für das bestehende Deutsche Handelsrecht nur folgende Quellen: das Spanische Handelsgesetzbuch art. 296. 297. 352, das Portugiesische art. 744, wie es scheint auch das Brasilianische art. 292. 350, und drei neuere Gesetzentwürfe, welche, wie die eben genannten Gesetzbücher, der französischen Praxis folgen! Nämlich der Würtembergische art. 230 (die Motive berufen sich auf Pardessus, und auf das Portugiesische Handelsgesetzbuch, und folgern aus dem art. 213 adoptirten Satze, daß die Gesellschaftsgläubiger sich zunächst an den Gesellschaftsfonds halten müßten, ganz ohne Grund, daß dieser ihnen allein hafte); der Oesterreichische art. 88. 89, und der Entwurf des Reichshandelsgesetzbuchs art. 43, welcher ebenso unrichtig sich auf das Separationsrecht der Gesellschafter gegen einander stützt.

Diese Autoritäten dürften nun freilich nicht genügen, ein Europäisches Gewohnheitsrecht darzuthun — vielleicht aber die obige Ausführung, um die völlige Verwerflichkeit des neuen Grundsatzes darzulegen. —

II. Ein zweiter wichtiger Rechtssatz ist die Mithaftung eines neu eintretenden Gesellschafters für alle vor seinem Eintritt contrahirten Gesellschaftsschulden (Entw. §. 89)

Ganz richtig sieht der Entwurf in dem Eintritt eines neuen

---

*) Story on the law of partnership no. 363 ff. Sieh auch The Bankrupt Law Consolidation act von 1849 No. 97. 98. 152, welche auch gegen einzelne insolvente Mitglieder einer Firma die Einklagung von Gesellschaftsschulden, und behufs der Befriedigung die Eintreibung der Gesellschaftsforderungen gestattet (Leone Levi Commercial law II p. 299. 324).

Gesellschafters, mag damit der Austritt eines bisherigen Compagnons zusammentreffen oder nicht, eine Auflösung der bisherigen und die Begründung einer neuen Societät. Er schreibt darum, wie im Falle ursprünglicher Vertragserrichtung, die schriftliche Abfassung und gehörige Veröffentlichung, bei Vermeidung der Ungültigkeit des neuen Vertrages unter den Gesellschaftern, vor (§. 96). Hier liegt ein klarer Widerspruch zu Tage. Geht man, wie der Entwurf, davon aus, daß die Collectivgesellschaft eine juristische Person sei, so müßte diese mit dem Untergang der alten Societät gleichfalls erloschen sein, die neue Societät aber eine neue juristische Person bilden. Wie kann nun der neue Gesellschafter, das Mitglied einer neuen juristischen Person, für die Schulden der erloschenen in Anspruch genommen werden, zumal er niemals deren Mitglied gewesen war, somit nicht einmal — wie die französische Jurisprudenz sagt — eine solidarische Garantie für dieselbe übernommen hatte?

Brinckmann freilich vermeidet diese Klippe, weil er in dem Hinzutritt eines neuen Gesellschafters keine Neubildung, sondern nur eine Personenänderung der Collectivperson findet, welche „um den Eintretenden in ihren Mitgliedern vermehrt werde, ohne daß in ihren Verhältnissen nach außen sich irgend etwas ändere" (S. 163 bis 167).

Es bedarf einer ausführlichen Erörterung dieser Frage nicht; sie könnte nur bejaht werden, wenn zweierlei feststände:

1. Daß eine offene Handelsgesellschaft, ungeachtet des Wechsels ihrer Mitglieder, dieselbe bleibt. — Der Entwurf hat sich jedoch in diesem Punkte mit Recht für die Verneinung erklärt (vgl. auch §. 123. 126—129); und

2. daß eine offene Handelsgesellschaft, oder gar die Firma einer solchen, eine juristische Person sei.

Auch das letztere ist freilich behauptet worden, und nicht allein von der Firma einer Handelsgesellschaft, sondern sogar von der Firma einer Einzelnhandlung. Der bloße Geschäftsname, welchen Einer oder Mehrere behufs schärferer Scheidung ihrer Handelsgeschäfte von ihren Privatgeschäften, der Societätsgeschäfte von den Geschäften Einzelner, oder um die gleichzeitige Nennung der Namen sämmtlicher Gesellschafter zu vermeiden, sich beizulegen für gut finden — denn ein Anderes ist die Firma nicht — soll ein Rechtssubject sein, mit besonderem Vermögen, Forderungen und Schulden, und die,

im Französischen Gesetz zumal verbotene, Fortführung einer bisherigen Firma soll den Uebergang der Verbindlichkeiten nach sich ziehen, welche andere Personen früher unter diesem Geschäftsnamen contrahirt hatten! Und diese kühnste aller Fiktionen soll in der Ueberzeugung des Handelsstandes ihre Stütze finden, und einem Bedürfniß des Handelsverkehrs entsprungen sein!*)

Es hätte da kaum der gründlichen Abfertigung bedurft, welche diesem ebenso leichtfertig aufgestellten als begründeten Einfall von Seiten des Juristen= und des Handelsstandes vor fast 30 Jahren bereits zu Theil geworden ist: durch einen gründlichen Kenner des Handelsrechts, einen ausgezeichneten Praktiker**), und durch ein Gutachten der Berliner Kaufmannschaft***). Doch mag hier daran erinnert werden: dergleichen Ansichten tauchen immer wieder auf****), und mit der Vorstellung von mystischen Wirkungen der Firma verbindet sich in unklaren Köpfen gar häufig auch die Vorstellung einer mystischen Person.

Läßt sich sonach weder aus dem Wesen der Handelsgesellschaft, noch aus der Natur der Firma eine Verpflichtung neu eintretender Compagnons, so wenig als des Erwerbers einer Einzelnhandlung, für die bisherigen Geschäftsschulden herleiten, liegt in der gänzlichen oder theilweisen Geschäftsübernahme keine Succession, so bedarf es dazu selbstverständlich der übereinstimmenden Willenserklärung aller Faktoren: der bisherigen Gesellschafter (mögen sie auch in der neuen Societät bleiben, oder nicht), des neuen Gesellschafters, und der Societätsgläubiger. Uebernimmt der neue Compagnon die Haftung freiwillig, ausdrücklich oder stillschweigend, und erklärt er sich den Gläubigern gegenüber dazu bereit — z. B. in Circularen und son=

*) So die bekannte Schrift von Tabor Beitrag ꝛc. Frankfurt 1826 und Hassenpflug in Elvers Themis I S. 58—67 (1828).

**) In Elvers Themis I S. 498—536, wo auch die ganze ältere Litteratur angeführt ist (1828).

***) In Gans Beiträgen zur Revision der Preußischen Gesetzgebung I S. 50 ff. (1830). So auch die neuere Praxis des Preußischen Obertribunals: Entscheid. XV S. 328 (1847) und Archiv für Rechtsfälle XI S. 221 (1854). Ein abweichendes Urtheil ist noch 1848 erlassen: Entsch. 17 S. 230 ff.

****) Z. B. Fischer Oesterr. Handelsrecht §. 111. Dr. M. W. Die Lehre von Handelsgesellschaften nach Oesterreichischem Recht (Wien 1851) S. 89 ff. Bluntschli II S. 101.

stigen öffentlichen Bekanntmachungen, deren Ueblichkeit gerade gegen die Selbstverständlichkeit der Haftung spricht —, so steht es diesen frei, sich an ihn zu halten. Ist derselbe ausdrücklich an Stelle eines ausgeschiedenen Associé getreten, so liegt in der Annahme des neuen Schuldners zugleich eine stillschweigende Entlassung des alten.

Da hinsichts der Form der Uebernahme und der Entlassung noch theoretische Zweifel bestehen, so wäre es zweckmäßig, dieselben in der vorgeschlagenen Weise gesetzlich zu lösen.

Erfolgt dagegen eine Schuldenübernahme den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht, so liegt für den Gesetzgeber keine Veranlassung vor, den Letzteren auf Kosten des neuen Gesellschafters einen Vortheil zuzuwenden, welchen sie weder erwarten noch beanspruchen durften. Man wird denselben nicht das Recht nehmen wollen, wegen der bisherigen Societätspassiva auch den etwa ausgeschiedenen Gesellschafter zu belangen*) — obwohl die Annahme einer Succession zu diesem gleich gefährlichen wie verderblichen Resultate führen müßte — und doch sollen sie einen zweiten Schuldner erhalten, der überdies nicht einmal ihr Schuldner sein will!

Nur das hier vertheidigte System entspricht dem bestehenden Recht**), und daß es allein dem Handelsbedürfniß Genüge thut, ist in den mehrfach erwähnten Abhandlungen, insbesondere durch das Gutachten der Berliner Kaufmannschaft schlagend erwiesen.

Von gleichen Prinzipien geht das Englische Recht***) aus.

Hiernach sind die angeblichen Zweckmäßigkeitsgründe zu würdigen, welche neuere Gesetzentwürfe für den neuen Rechtssatz geltend

---

*) Vgl. auch Baumeister Hamburg. Privatrecht 1856. Bd. I S. 90.

) Sieh die Seite 177 Note* citirten Schriften. Dazu Casaregis disc. 39 no. 22. 23 disc. 147 no. 8. Treitschke Gewerbegesellschaft §. 62. Mittermaier Deutsches Privatr. II §. 555. Thöl Handelsrecht §. 39. Gerber Deutsches Privatr. §. 196. Obertribunal zu Stuttgart in Seuffert's Archiv VI S. 344 VII S. 24. Preußisches Obertribunal im Archiv für Rechtsf. XI S. 219 (1854). Königl. Sächs. Gesetz vom 7. Juni 1849 §. 8.

***) Kent Commentaries vol III p. 36 (ed. 3). Leone Levi Comm. law I p. 89 no. 129. If one partner goes out of the firm and another comes in, the debts of the old firm may, by the consent of all the three parties the creditor, the old firm, and the new firm — be transferred to the new firm. Sieh auch p. 88 no. 125.

machen (Würtemb. Entw. art. 224. Oesterreich. §. 93. Reichshandelsges. art. 44). Eine Verwirrung namentlich ist gar nicht zu besorgen, da bei ordnungsmäßiger Buchführung das Datum der einzelnen Schulden sich ohne Mühe ergiebt. Die Zurückführung der Verpflichtung aber auf eine, überdies die Haftung gegen Dritte nicht erklärende, stillschweigende Schuldenübernahme*) ist um so verfehlter, als sogar die dann nothwendige Beschränkung des Hamburger Rechts fehlt, daß nämlich die Fiktion nur in Ermangelung ausdrücklichen Protestes des neu eintretenden Gesellschafters gelten solle. Man verlangt vielmehr, um die Haftung auszuschließen, vorgängige Liquidation der alten Gesellschaft — d. h. man folgt rücksichtslos der französischen Praxis**).

III. Daß jede Compensation von Gesellschafts-Forderungen und Schulden mit Privatschulden oder Privatforderungen der einzelnen Gesellschaften unzuläßsig sei, ist in dem Abschnitt vom Kaufmännischen Concurse §. 811 ausdrücklich festgesetzt.

Der Satz ist aus der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §. 98 übernommen, und dort, wie von allen Schriftstellern, welche ihn behaupten, ohne weitere Begründung, als einfache Consequenz aus der eigenthümlichen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft und der rechtlichen Getrenntheit ihres Vermögens von dem der einzelnen Gesellschafter aufgestellt***).

Uns, welchen gerade dieses Fundament zunächst in Frage steht, wird es gestattet sein, ihn um seine Herkunft und um seine Zweckmäßigkeit zu befragen. Alle Deutschen Schriftsteller, welche in der

*) Von dieser Fiktion gehen aus Walter Deutsches Privatrecht S. 333; die Hamburger Fallitenordnung art. 64 No. 1. 2; Das O.A.G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv II S. 235 (das letzte Erkenntniß nimmt den Rechtssatz sogar für das Preuß. Recht an) und Delbrück Die Uebernahme fremder Schulden. Berlin 1853 S. 93 ff. 39 ff., welcher sogar ein Gewohnheitsrecht für dieselbe behauptet.

**) Z. B. Malpeyre et Jourdain p. 96. 97. Devilleneuve et Massé dictionaire s. v. société no. 244.

***) Pardessus no. 975. Troplong no. 62. 73. 79. 526. Motive des Reichshandelsgesetzentwurfs S. 115. Brinckmann S. 141. Bluntschli II S. 100. Gelpke II S. 32. 55. Beseler III S. 292.

französischen Anschauung nicht befangen sind, verneinen ihn*), doch wird durch die bloße Verneinung nicht allen Einwürfen vorgebeugt, es gilt vielmehr die Voraussetzungen der Compensation schärfer zu bezeichnen, insbesondere den wichtigen Unterschied zwischen geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden Gesellschaftern im Auge zu behalten.

Jeder Gesellschafter haftet in der Regel als Correalschuldner für die unter der Firma eingegangenen Verbindlichkeiten, und ist antheilig berechtigt für die unter der Firma erworbenen Forderungen.

Nun können folgende Fälle eintreten:

1. Ein Gesellschafter klagt eine Gesellschaftsforderung ein.

Dazu befugt ist natürlich nur der geschäftsführende Gesellschafter. — Wer von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, hat keine Disposition über die Gesellschaftsactiva. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die ganze Gesellschaftsforderung oder etwa nur ein Theil derselben, vielleicht nur der Antheil des Klägers, geltend gemacht wird.

Im ersten Fall muß der Kläger im Namen der Gesellschaft, d. h. für sich und als Bevollmächtigter der Uebrigen, auftreten.

Hier darf der Beklagte compensiren:

Erstens. Den vollen Betrag der Forderung, welche ihm seinerseits gegen die Gesellschaft zusteht. Das müssen auch die Gegner zugeben (Vgl. auch A.L.R. I 16 §. 304).

Zweitens. Die Privatforderung, welche ihm gegen den Kläger zusteht, aber offenbar nur bis auf die Höhe des klägerischen Antheils an der eingeklagten Societätsforderung**), da nur insoweit der Kläger für sich auftritt, in Betreff der übrigen Antheile dagegen als Vertreter seiner Genossen (Vgl. auch A. L. R. I 16 §. 302. 303. 330. 331). Auch hierin liegt keine Gefahr. Dem Kläger geschieht kein Unrecht, da es seinem Gläubiger jederzeit frei-

---

*) Treitschke Gewerbegesellschaft §. 55. Mittermaier §. 555. Thöl §. 38. Sogar Morstadt S. 63.

**) Treitschke S. 159. Scaccia §. 6 gl. 1. No. 95 verneint darum auch ganz richtig die Compensation, nur unterscheidet er nicht gehörig zwischen der vollen und der theilweisen.

gestanden hätte, die ganze Privatforderung gegen ihn einzuklagen. Die Gesellschaft leidet darunter nicht, da der Kläger selbstverständlich verbunden ist, den durch die Compensation mit seiner Privatschuld erlittenen Ausfall an die Gesellschaftskasse abzutragen, sofern ihm, nach dem Societätsvertrag, überhaupt die Einwerfung der ganzen beigetriebenen Forderung obliegt. Ist er dazu unvermögend, so wird allerdings die Gesellschaft von den Ausfall betroffen, aber in nicht höherem Grade als von anderweitigen nachtheiligen Dispositionen eines zahlungsunfähigen Geschäftsführers, welchen vorzubeugen sie keine Mittel besitzt. Die Nichtgestattung der Compensation dagegen könnte leicht zu einer Insolvenz-Erklärung des Gesellschafters, und damit zu einer gewiß Allen unerwünschten Auflösung der Gesellschaft führen.

2. Ein Gesellschafter klagt seine Privatforderung gegen einen Gesellschaftsgläubiger ein.

Dieser darf gegen ihn compensiren:

Erstens die Privatschulden des Klägers.

Zweitens die ganze Gesellschaftsschuld, weil der Kläger ihm als Correalschuldner haftet (Vgl. auch A.L.R. I 16. §. 304). Die Gesellschaft wird mit dieser Tilgung ihrer Schuld nur zufrieden sein, und der Kläger hat keinen Grund zur Beschwerde, da ihm der Rückgriff an die Gesellschaftskasse und schlimmstenfalls an die übrigen Compagnons freisteht. Sind die Letzteren sämmtlich insolvent, so würde ihn der gleiche Nachtheil auch dann betroffen haben, wenn sein Schuldner die Gesellschaftsschuld gegen die Gesellschaft eingeklagt hätte.

3. Ein Gesellschaftsgläubiger klagt die Gesellschaftsschuld ein. Der verklagte Gesellschafter darf compensiren:

Erstens unbedingt mit seiner eigenen Privatforderung. Niemand leidet darunter.

Zweitens mit der ganzen Gesellschaftsforderung gegen den Kläger, um den Regreß an die Gesellschaft für volle Bezahlung der Gesellschaftsschuld zu sparen*), vorausgesetzt daß er

---

*) Unbegreiflicherweise wird dieser unzweifelhafte Rechtssatz (Vgl. l. 10 D. de duobus reis (45, 2). Treitschke S. 144. 145. v. Savigny Obligationenrecht I S. 169. v. Vangerow Pandekten 6. Aufl. III S. 97. O.A.G. zu Dresden in Seuffert's Archiv I S. 40), der freilich die völlige Entbehrlichkeit der französischen Construction zeigt, von Gelpke II S. 65 in Abrede ge-

von der Geschäftsführung, somit von der Disposition über die Gesellschaftsactiva, nicht völlig ausgeschlossen ist. Diese Modification ergiebt sich aus der für die heutige Handelsgesellschaft festzuhaltenden Verwaltungseinheit. Auch dagegen läßt sich schwerlich etwas erinnern.

4. Ein Gesellschaftsschuldner klagt gegen einen Gesellschafter eine Privatschuld desselben ein. Der Verklagte darf entgegenhalten unzweifelhaft seine Privatforderung gegen den Kläger. Darf er aber auch compensiren mit der vollen Forderung, welche der Gesellschaft gegen den Kläger zusteht?

Die offenbare Gefahr, welche in der unbedingten Zulassung solcher Aufrechnung für die übrigen Gesellschafter läge, hat einige ältere Juristen, namentlich Casaregis (disc. 75 No. 30. disc. 76 No. 21—23. disc. 155 No. 18) bestimmt, gerade mit Rücksicht auf diesen Fall, jede Compensation überhaupt zu verneinen. Eine durchaus zweckmäßige Lösung ergiebt sich jedoch, wenn man zwei Punkte im Auge behält.

Erstens. Der einzelne Gesellschafter darf selbstverständlich nur seinen Antheil an der Gesellschaftsforderung zur Compensation bringen. Der Grund, welcher die Aufrechnung der ganzen Gesellschaftsforderung gegen die eingeklagte Gesellschaftsschuld rechtfertigt (dritter Fall), greift hier nicht Platz, da in Betreff der Privatschulden kein Correalverhältniß obwaltet, und durch deren Zahlung kein Regreß begründet wird (Vgl. auch A.L.R. I 16 §. 303).

Zweitens. Dies gilt selbst dann, wenn der Verklagte ein geschäftsführender Gesellschafter ist, weil die übertragene Geschäftsführung keineswegs eine Disposition über Gesellschaftsactiva zu rein persönlichen Zwecken in sich schließt, und der Kläger sich hier mit gutem Glauben nicht entschuldigen kann. Ist aber der verklagte Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen, so ist ihm damit jede Disposition über die Societätsactiva, sowohl den Antheil seiner Genossen, als seinen eigenen, entzogen, und gleichwie er nicht befugt ist, denselben einzuklagen, oder dessen Zah-

---

stellt. Das Preußische und Französische Gesetzbuch haben zwar diese zweckmäßige Bestimmung des Röm. Rechts nicht aufgenommen (A.L.R. I 16 §. 305—307. Code civil 1294), allein der geschäftsführende Gesellschafter würde doch kraft seines Auftrags zur Compensation befugt sein.

lung gültig anzunehmen, so darf er ihn auch nicht zur Compensation benutzen*).

Die Zulässigkeit der Compensation beschränkt sich also auf den Societätsantheil des Verklagten, und ist selbst insoweit nur für den geschäftsführenden Gesellschafter vorhanden. Innerhalb dieser Grenzen aber hat sie nichts Bedenkliches. Der Kläger darf sich nicht beschweren, da ja die ganze Gesellschaftsforderung gegen ihn hätte eingeklagt, oder vermittelst Cession an den Beklagten zur Aufrechnung gebracht werden dürfen. Die Gesellschaft trifft kein Nachtheil, da der Beklagte verbunden ist, den durch Compensation getilgten Theil der Societätsforderung aus eigenen Mitteln an die gemeinschaftliche Kasse herauszuzahlen. Den Ausfall bei etwaiger Insolvenz desselben trägt die Gesellschaft allerdings — allein ohne größere Unbilligkeit als im ersten Fall.**)

Zu einer Abänderung dieser Grundsätze liegt keine Veranlassung vor, wogegen die entgegengesetzte Maxime zu unnützen Weitläufigkeiten führt, und mit großer Gefahr für die einzelnen Gesellschafter wie für die Gesellschaftsgläubiger verknüpft ist.

IV. Die Handelsgesellschaft hat einen besonderen Gerichtsstand bei dem Handelsgerichte des Bezirks, in welchem ihre Hauptniederlassung sich befindet (Entw. §. 90). In Verbindung hiermit bestimmt §. 993, daß der Particularconcurs im ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaft zu eröffnen sei.

Die erste Vorsicht ist durchaus zweckmäßig, die zweite, insofern überhaupt ein Particularconcurs stattfinden soll, nothwendig. Allein der Annahme einer besonderen Persönlichkeit der Gesellschaft bedarf es zu ihrer Rechtfertigung gar nicht. Sie sagt nur, daß gegen jeden Gesellschafter aus Societätsgeschäften vor dem Gericht des Etablissementsorts geklagt werden dürfe, ganz überein-

---

*) Diese subjective Verwaltungstrennung ist ganz verschieden von der nur formellen objectiven, die Dernburg (Compensation S. 400. 401) ohne Grund als eine rechtliche und materielle angesehen wissen will.

**) Morstadt S. 63. Aeltere Italiänische Schriftsteller behandeln die Compensationsfrage auch in Beziehung auf die Gesellschafter unter einander. Die Entscheidungen sind stets richtig, aber die daraus unnöthiger Weise gezogenen Dogmen viel zu weit. So Baldus ad l. 9. C. de comp. Scaccia §. 1. qu. 1. Nr. 450. Ansaldis disc. 74 und Andere. Man hat hier stets den Rechtsfall scharf ins Auge zu fassen.

stimmend mit §. 1053 des Entwurfs*), und mit den Vorschriften des gemeinen Rechts, welche den Etablissementsort zwar nicht schlechthin als das Domicil des Kaufmanns, wohl aber als allgemeinen Gerichtsstand für alle aus dem Handelsbetrieb entstehenden Streitigkeiten, als ein forum contractus in weiterm Sinne, gelten lassen.**) Ja es wird sich sogar rechtfertigen lassen, mit §. 1053 des Entwurfs darüber hinauszugehen, und den Etablissementsort in Betreff der Handelsgeschäfte als Domicil anzusehen, so daß namentlich nach dessen Gesetzen sich der Umfang der Rechts- und Handlungsfähigkeit des Handelstreibenden bestimmt. Was von dem einzelnen Kaufmann gilt, ist selbstverständlich auch auf die zu einer Handelsgesellschaft vereinigten Personen anzuwenden. —

V. Eine wirkliche Consequenz dagegen aus der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft, und selbst unter dieser Voraussetzung kaum zu rechtfertigen ist nachstehende Bestimmung:

§. 122. Während des Bestehens einer Gesellschaft ist die Klage gegen einen Gesellschafter auf Erfüllung einer Verbindlichkeit der Gesellschaft nur zuläßig, wenn der Anspruch an die Gesellschaft bereits früher gerichtlich festgestellt oder die Klage gleichzeitig wider die Gesellschaft angestellt wird.

In diesem Falle muß der Gesellschafter vor demselben Gerichte Recht nehmen, wie die Gesellschaft.

Sie ist wörtlich dem art. 41 des Reichshandelsgesetzentwurfs, und, wie dieser, aus der französischen Jurisprudenz entnommen. Unter den deutschen Schriftstellern pflichten ihr nur die wenigen Verfechter einer eigenthümlichen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft bei.***) Die deutsche Praxis weiß nichts davon, und das von Brinckmann dafür allegirte Preußische Gesetzbuch bestimmt gerade umgekehrt, daß der Gesellschaftsgläubiger die Wahl habe, sämmtliche Gesellschafter,

*) §. 1053. Wer an einem Orte, wo er nicht wohnt, eine Handelsniederlassung errichtet, muß diesen Ort in Beziehung auf alle Geschäfte und Verbindlichkeiten, welche für die daselbst errichtete Handelsniederlassung eingegangen sind, als seinen Wohnsitz und Gerichtsstand gelten lassen.

**) L. 19. §. 1—3 D. de judiciis (5/1). Mühlenbruch im Archiv f. civil. Praxis 19. S. 357 ff. v. Savigny, System VIII. S. 216 ff. Code de procédure art. 59. 69. 420. Code de com. art. 438.

***) Pardessus Nr. 976. Brinckmann S. 127. 140. Gelpke III. S. 29. 64—69. Bluntschli II. S. 149. 150. Walter S. 332.

oder mehrere oder auch nur Einen zu belangen (A.L.R. II. 8. §. 793). Werden sämmtliche Gesellschafter belangt, so kann dies zweckmäßig, ohne Namensnennung der Einzelnen, unter ihrer Firma, welche ja die Namen sämmtlicher Gesellschafter ersetzt, geschehen (A.G.O. I. 2. §. 38). Das Englische Recht verlangt sogar, daß die Gesellschafter unter ihren eigenen Namen klagen und verklagt werden sollen (Leone Levi I. p. 88. 89. Nr. 125. 129).

Neuere Handelsgesetzentwürfe motiviren diese Vorschrift theils mit dem Interesse der einzelnen Gesellschafter, welche Schaden leiden könnten, insofern sie an der Geschäftsführung keinen Theil genommen hätten; theils mit dem der Gläubiger, welche die Klage in dem Gerichtsstand der einzelnen Gesellschafter anbringen müßten.*)

Das letzte Bedenken ist ganz ungerechtfertigt, da jeder Gesellschafter am Etablissementsort der Gesellschaft seinen Gerichtsstand für Gesellschaftsschulden hat. Das erste würde an sich nicht hinreichen, den Gläubiger seines guten Rechts, jeden Correalschuldner nach seiner Wahl zu belangen, zu berauben, und ist schon darum hinfällig, weil auch der nicht administrirende Associé durch Befragung und regelmäßig auch durch Streitverkündung an die von sofortigem Regreß bedrohten und darum an dem günstigen Ausgang des Prozesses wesentlich mitinteressirten Genossen jederzeit die nöthige Information erlangen wird. Es liegt hier gar keine Gefahr vor.

Die Vorschrift des Entwurfs aber führt zu ganz unnützen Weitläuftigkeiten, zumal der Gesellschaftsgläubiger in der Regel ohnehin vorziehen wird, sämmtliche Gesellschafter zugleich zu belangen.

Das weitere Bedenken der Verfasser des Reichshandelsgesetzentwurfs „man könne doch die Gesellschaft, die eigentliche Schuldnerinn, nicht vom Prozesse ausschließen" gründet sich auf die Annahme, und fällt mit dieser, daß die Gesellschafter nicht die Schuldner, sondern nur Bürgen einer juristischen Person, der Gesellschaft, seien.**)

Hiermit wären im Wesentlichen alle die Hauptfragen erledigt,

---

*) Würtemb. Entw. art. 213. 972 und Motive. Reichshandelsges. Motive S. 114.

**) Die Berliner Sachverständigenkommission hat denn auch beschlossen, daß zwar die Klage gegen die Gesellschaft vorangehen müsse, aus dem erlangten Urtheil aber die Execution unmittelbar gegen jeden einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden dürfe (Protok. S. 32). Auch das geht noch zu weit. Mag man es doch dem Gläubiger überlassen, den passenden Weg einzuschlagen.

um derenwillen der Entwurf der Collectivgesellschaft juristische Persönlichkeit beilegt, oder welche er aus dem aufgestellten Begriff ausdrücklich folgert.

Es schien nothwendig und ersprießlich, auf diesem neuen Wege uns und Anderen Rechenschaft zu geben von den Vortheilen oder Nachtheilen, welche diese Grundanschauung bedingt, ob und inwieweit wir es mit neuen Rechtssätzen zu thun haben, oder mit längst bestehenden, dem Handelsbedürfniß entsprossenen, höchstens von einer verknöcherten Theorie verkannten.

Und wir haben gefunden, daß nur ein einziger dieser Sätze dem Handelsbedürfniß entspricht, und zugleich im bestehenden Recht begründet ist, ohne jedoch zur Fiktion einer juristischen Person zu nöthigen; alle übrigen hingegen dem Deutschen, nicht etwa nur dem Romanistischen Rechtsbewußtsein durchaus fremd, aus unklarem Haschen nach Absonderlichkeiten des modernen Handelsrechts oder aus sklaverischer Nachbeterei französischer Theorien entsprungen, dem wohlverstandenen Interesse des Handelsverkehrs entschieden zuwider, mit der krassesten Unbilligkeit bald gegen die einzelnen Gesellschafter und deren Privatgläubiger, bald gegen die Gesellschaftsgläubiger verknüpft sind; daß hingegen das bestehende Deutsche Recht, bei welchem der Deutsche Handel sich ungefesselt zu immer steigender Blüthe entfaltet, vollkommen ausreicht, jedem wirklich begründeten Bedürfniß Genüge zu leisten.

Auch der Deutsche Handelsstand dürfte nicht schwanken, wenn ihm Gründe und Gegengründe unparteiisch vorgeführt werden.

Wir wenden uns am Schlusse dieser Betrachtungen der Hauptfrage zu:

Ist die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person? oder

Darf sie zu einer solchen erklärt werden?

Wäre sie es, oder sollte sie es werden, so müßten die bisher erörterten Fragen im entgegengesetzten Sinne entschieden werden. Aber damit nicht genug. Es würden sich Consequenzen ergeben, welche theils geradezu den bestehenden gesetzlichen Vorschriften, wie denen des Entwurfs widersprechen, theils durch ihre gänzliche Verwerflichkeit selbst die Verfechter dieser Ideen zur Inconsequenz *) nöthigen würden.

*) Muß doch selbst Troplong, der kühnste Vertheidiger dieses Dogma's, vor Ziehung aller Consequenzen warnen! Es sei nur in gewisser Beziehung

Statt diese Folgerungen einzeln aufzuführen wird es genügen, eine gewichtige Stimme aus der Handelswelt selbst als Autorität aufzurufen, das bereits früher erwähnte treffliche Gutachten der Berliner Kaufmannschaft:*)

„Eine juristische Person — wird — nach allgemeinen Rechts-„grundsätzen nur da statuirt, wo der Staat und die Gesetze „dieselben ausdrücklich für ein solches Rechtssubject erklären und „anerkennen. Ist dies nicht der Fall, so bleibt es, wenn von „einer Vereinigung mehrerer Einzelnen, welchen gemeinschaftlich „Rechte zustehen und Verbindlichkeiten obliegen, die Rede ist, „bei der Regel, daß diese mehreren Personen als Einzelne „lediglich nach verhältnißmäßigen Antheilen als berechtigt und „verpflichtet anzusehen sind, und es kann den einzelnen Staats-„bürgern die Befugniß nicht beigelegt werden, durch eine bloß „willkührliche Benennung, eigene juristische Personen zu schaffen —. „Alles dies darf mit Zuverlässigkeit aus den Vorschriften §. „11—16 tit. 6 Th. II. des Allg. Landrechts**) gefolgert „werden, denn es kann nach dem Inhalt desselben nicht im „mindesten zweifelhaft sein, daß Handlungsgesellschaften „keineswegs eine moralische Person, oder Corporation bilden, „woraus denn weiter folgt, daß sie auch nicht als Sub- und „Objecte von Rechten und Verbindlichkeiten anzusehen sind —. „In der That würden, nähme man das Gegentheil — „was einige Theoretiker versucht haben — an, solche

---

(nämlich soweit es ihm gefällt, das anzuerkennen) richtig, daß die Gesellschaft eine juristische Person sei, in andern müsse die Fiktion der Wahrheit weichen! Es läge doch auch eine Gemeinschaft mit Eigenthumsrechten der einzelnen Theilhaber vor; die Scheidung zwischen Gesellschaft und Mitgliedern sei doch nur eine scheinbare u. s. w. Contrat de société No. 70. 75. 140.

*) Bei Gans Beiträge zur Revision S. 55. 56.

**) Das Preußische Landrecht erkennt außer den juristischen Personen auch sogenannte Vereine mit inneren Corporationsrechten an, auf welche einigermaßen der häufig aufgestellte Begriff einer „Genossenschaft" paßt. Beiden Instituten wird in den allegirten Gesetzen die Handelsgesellschaft als ein Drittes, lediglich nach den Regeln von der Societät zu beurtheilendes Institut entgegengestellt. Die angebliche Dunkelheit und Unbestimmtheit des Preußischen Rechts, über welche Gelpke sich beklagt, weil er in demselben seine Idee nicht ausgesprochen findet, ist rein subjectiv, und wird höchstens von der französirenden Ansicht hineingetragen.

„gewichtige, aber zugleich widerrechtliche und un-
„natürliche Verhältnisse entstehen, daß die Staats-
„bürger auf das Aeußerste gefährdet werden müß-
„ten. Denn legt man den Begriff einer juristischen
„Person den Handlungsgesellschaften zu Grunde,
„so muß man auch nach bekannten Grundsätzen und
„aller logischen Consequenz weiter folgern:

„daß die Handeltreibenden, welche sich zu
einer Gesellschaft verbunden, und einen Fond
„zusammengebracht haben, über diesen hinaus
„nicht haften, daß sie durch den Austritt aus
„der Gesellschaft und Herausgabe des Fonds
„von allen Ansprüchen Dritter frei werden;
„daß sie rücksichtlich des Inhalts ihrer Ver-
„träge, der Aufnahme neuer, des Ausscheidens
„alter Mitglieder, der Auflösung ihrer Ge-
„sellschaft u. s. w. der Oberaufsicht, Kenntnißnahme
„und Controlle des Staats unterworfen seien, daß
„neue Inhaber einer Firma zugleich alle Schul-
„den, wie alles Vermögen der früheren Gesell-
„sellschaft von selbst, ohne weitere Willenserklä-
„rung, als eine aus dem Gesetz selbst entsprin-
„gende Folge überkämen u. s. w.

„was alles unmöglich statuirt werden darf, niemals statuirt
„worden ist, und in der That sowohl jedem Vertrauen als
„jeder Freiheit völlig verderblich sein müßte."

Hat sich nun in weniger als 30 Jahren die Ueberzeugung des Handelsstandes völlig verändert? Ist, was damals verderblich erschien, jetzt wohlthätig geworden? Sind die Gründe, welche damals gegen die Annahme einer juristischen Person sprachen, inzwischen widerlegt, oder gegenwärtig ohne alles Gewicht? Ist es so sicher, daß alsdann die unnütze und gefürchtete Einmischung des Staats in den Gewerbebetrieb offener Handelsgesellschaften unterbleiben wird?

Wie vor 30 Jahren die Hassenpflug'sche Theorie als eine neue, unerhörte bezeichnet werden durfte*), so steht dieselbe auch heute noch in der Deutschen Rechtswissenschaft fast isolirt. Außer Tabor (1826)

*) Elvers Themis I S. 500. 501.

und einem ungenannten Oesterreichischen Juristen (Dr. M. W. 1851) hat, meines Wissens, kein Deutscher Rechtsgelehrter, kein Deutscher Gerichtshof dieselbe adoptirt. Auch Gelpke giebt im Grunde zu, daß sie im bestehenden Deutschen und Preußischen Recht keine Stütze finde. Selbst Morstadt (S. 61), Brinckmann, Bluntschli und Beseler, obwohl sie alle, oder doch die meisten praktischen Sätze annehmen, welche die Französische Jurisprudenz aus der juristischen Persönlichkeit zu folgern pflegt, erklären sich entschieden gegen das Dogma selbst. Nach Brinckmann ist es eine „verwerfliche, in der Deutschen Jurisprudenz längst abgethanene Ansicht" (S. 129. 61. 167. 233). Nach Bluntschli und Beseler steht die offene Handelsgesellschaft der Römischen Societät noch überaus nahe, und ist noch gar nicht zur „Genossenschaft" durchgebildet (Beseler III S. 288. 298)*), oder doch auf der „untersten Stufe genossenschaftlicher Bildung" (Bluntschli I S. 149—151. II S. 93).

Alle übrigen Deutschen Juristen, welche Veranlassung hatten, die Frage zu berühren, sprechen übereinstimmend der offenen Handelsgesellschaft jede Art von Rechtssubjectivität ab**).

Keines von den zahlreichen neueren Gesetzbüchern, mögen auch einzelne Sätze aus der Französischen Praxis entlehnt sein, hat es gewagt, das Princip selbst auszusprechen — soll dem Deutschen Handelsgesetzbuch das zweifelhafte Verdienst gebühren, den bedenklichsten Behauptungen eine positive Basis zu schaffen?

Auch das Englische Recht verwirft die Französische Idee (Leone Levi I p. 95).

Wir bedürfen einer neuen Construction gar nicht.

---

*) Früher ging Beseler nicht einmal so weit. Vgl. sein Deutsches Privatrecht I S. 382. Volksrecht und Juristenrecht S. 167.

**) Es genügt hier zu nennen: Schweitzer de firma mercat. p. 45—48. Kind Quaestiones for. IV cap. 17. Eichhorn Einl. in das Deutsche Privatr. §. 387. Maurenbrecher D. Priv. §. 347. Phillipps D. Priv. II §. 282. Mittermaier D. Priv. II §. 555. Gerber D. Priv. §. 196. 197. Bender Grundsätze des engeren Handlungsrechts §. 146 ff. Pöhls Handelsrecht I S. 210. 226. Thöl Handelsr. §. 38. 39. Elvers Themis I S. 500—513. 525—531. Treitschke Gewerbegesellschaft S. 166. 261. 262. O.A.G. zu Lübeck in Thöl Entscheidungsgr. S. 2—4. 25. Das O.T. zu Stuttgart in Seuffert's Archiv V S. 105 2c. Ebenso die Preußischen Gerichtshöfe und Rescripte des Justizministeriums.

Nur die irrthümliche Annahme, daß jene oben besprochenen Sätze im positiven Recht festbegründet, oder doch durch das Verkehrsinteresse geboten seien, konnte einige Deutsche Schriftsteller verleiten, für die offene Handelsgesellschaft eine besondere Persönlichkeit aufzustellen. Die oft widerlegte und stets wiederholte Behauptung, es handele sich um ein ganz neues Rechtsinstitut, dem die heutige Rechtswissenschaft eine neue Form zu geben habe, ist völlig unbegründet.

Die heutige Collectivgesellschaft findet sich allerdings im Römischen Recht nicht. Vermag auch nur grobe Unwissenheit die Behauptung zu wagen, daß den Römern Handelsgesellschaften fremd gewesen seien*), so ist es doch richtig, daß unter dem Einfluß eines modernen Gewohnheitsrechts, welches Stellvertretung mit directer Wirkung allgemein gestattete, seit dem Wiederaufblühen des Verkehrs im Mittelalter deren Gestaltung wesentliche Modificationen erfahren hat.

Die durch den Gebrauch der Firma erleichterte Repräsentation sämmtlicher Gesellschafter im Handelsverkehr; die präsumtive Befugniß eines jeden Associé, durch den Gebrauch der Firma nicht nur sich, sondern auch alle Genossen, also die ganze Gesellschaft, direct zu berechtigen und zu verpflichten; in genauestem Zusammenhang damit der wichtige Grundsatz, daß jeder Gesellschafter für die im Namen Aller eingegangenen Verbindlichkeiten (die Societätsschulden) solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen hafte — das sind die wichtigen Unterschiede, welche unsere offene Gesellschaft in ihrer gewöhnlichen Gestalt gegen die Römische Handelsgesellschaft auszeichnen. Möglich waren alle diese Erscheinungen unter gewissen Voraussetzungen auch bei der letzteren, ohne deren Natur irgendwie zu beeinträchtigen. Die übliche und vielfach vorgeschriebene Oeffentlichkeit bei Eingehung und Auflösung der Societät hängt theils zusammen mit der gegenseitigen Repräsentation der Mitglieder, theils mit der Form der Firma, aus welcher der Name keines, oder doch nicht aller Gesellschafter hervorzugehen pflegt.

In den inneren Societätsverhältnissen ist nun vollends gar

---

*) Jetzt wiederum Fischer Preußens Kaufmännisches Recht S. 329. Nach diesem Schriftsteller ist die Handelsgesellschaft theilweise rechtsfähig. Auch das Römische Recht habe ja eine theilweise Rechtsfähigkeit gekannt z. B. bei Peregrinen, Latinen und Sklaven.

nichts geändert. Eingehung und Auflösung sind völlig willkührlich, jede Personenänderung zerstört die bestehende Gesellschaft. Daß, nach weit verbreiteter Praxis und den meisten neueren Gesetzen, die Erben eines verstorbenen Gesellschafters unter Umständen in der Societät verbleiben dürfen, ist eine unwesentliche Modification, da ja der Societätsvertrag selbst die Fortsetzung mit den Erben bestimmt haben muß. Das Gesellschaftvermögen wird zwar faktisch von dem sogenannten Privatvermögen der einzelnen Compagnons gesondert, und formell, namentlich in der Buchführung, als Einheit behandelt, — allein der Sache nach und rechtlich umfaßt es nur Vermögensbestandtheile der einzelnen Gesellschafter.

Was aber die Hauptsache ist, und die Möglichkeit einer Personification der Gesellschaft selber ausschließt: die individuelle Bedeutung der einzelnen Gesellschafter tritt gerade heute schärfer als im Römischen Recht hervor*); jeder Einzelne ist directer, solidarischer Schuldner; auf der Persönlichkeit der Einzelnen beruht der Credit, welchen ihre Verbindung, die Gesellschaft, genießt. Damit das Publikum diese Einzelnen kenne, sollen ihre Namen bei Errichtung der Societät veröffentlicht werden, oder wohl gar dauernd in der Firma hervortreten. —

Nur klügelnder Scharfsinn mochte den Versuch wagen, mit diesen unbestreitbaren Rechtssätzen die Idee einer eigenthümlichen Persönlichkeit der Gesellschaft in Einklang zu bringen. Daß man es gethan, daß selbst einige Deutsche Rechtslehrer der ebenso gekünstelten als unnatürlichen und unklaren**) Construction beipflichten konnten:

---

*) Gute Bemerkungen darüber von Schäffle in der Deutschen Vierteljahrsschrift 1856. 4. Heft. S. 264. 265 und ebenda S. 8. 9. Uebrigens läßt sich gegen beide Aufsätze, welche mir erst nach Vollendung des Drucks bekannt geworden sind, vieles erinnern.

**) Man vergleiche nur Gelpke z. B. II S. 21: „Die Personen, als besondere für sich bestehende Rechtssubjecte, lösen sich bei der Errichtung einer Handelsgesellschaft, und bei ihrem Eintritt in eine solche, gleichsam von sich selbst ab." S. 64 „Allerdings darf man sich die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter in dieser Beziehung nicht, als gänzlich untergegangen denken. Sie begründet aber nur ein indirektes, einstweilen, während der Dauer der Societät, ruhendes rechtliches Verhältniß." Oder Brinckmann z. B. S. 126. „Die Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit, welche mit dem Begriff des einzelnen Menschen zusammen fallen, fallen auch zusammen mit dem Begriff der Kollektivperson rc."

„Die Handelsgesellschaft allein sei berechtigt und verpflichtet, die Gesellschafter erhielten Rechte erst nach ihrer Auflösung, seien jedoch solidarische Bürgen für die Verpflichtungen der Hauptschuldnerinn," läßt sich nur mit dem sehr natürlichen Wunsche erklären, ganz unhaltbaren Behauptungen, insbesondere dem angeblichen Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger, eine theoretische Unterlage zu schaffen**).

Das Deutsche Gesetzbuch wird hoffentlich diesen Künsteleien für immer ein Ziel setzen.

---

*) Frémery, welchem diese Theorie den Versuch ihrer historischen Begründung verdankt, ist offen genug, das zuzugestehen: Etudes de droit comm. p. 34. Andere französische Schriftsteller, wie Duvergier, Délangle, Troplong gehen so weit, was sie in den Französischen Gesetzbüchern nicht finden können, in den Pandekten zu suchen, und allen Ernstes die Behauptung zu wagen, daß die Römer eine jede Gesellschaft als juristische Person anerkannt hätten!

In demselben Verlage ist erschienen:

Lehrbuch
des
Handelsrechts
mit
Ausschluß der Lehren des Wechsel-, See- und Assekuranzrechtes.

Von

Dr. C. H. L. Brinckmann,

Dozent der Rechte und außerordentliches Mitglied des Spruchcollegiums an der Universität zu Heidelberg.

Erste Abtheilung.

Preis 2 Thlr. oder 3 fl. 24 kr.

Die zweite Abtheilung befindet sich unter der Presse.

Druck von G. Mohr in Heidelberg.



Kritik

des

Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs

für die

Preußischen Staaten.

Ein Beitrag

zur

Revision der Grundlehren des Handelsrechts.

Von

Dr. L. Goldschmidt.

Dozenten der Rechte zu Heidelberg.

Zweite Abtheilung.

(Separatabdruck aus der Kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Bd. IV. Heft 4.)

Heidelberg.

Verlag von Bangel und Schmitt.

1857.

Kritik

des

Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs

für die

Preußischen Staaten.



Ein Beitrag

zur

Revision der Grundlehren des Handelsrechts.

Von

Dr. L. Goldschmidt.

Dozenten der Rechte zu Heidelberg.

Zweite Abtheilung.

(Separatabdruck aus der Kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Bd. IV. Heft 4.)

Heidelberg.

Verlag von Mangel und Schmitt.

1857.

Vorrede.

Die nachfolgenden Blätter, welche sich der vor einigen Monaten erschienenen Ersten Abtheilung meiner Kritik anschließen, sollen die innere Organisation der offenen Gesellschaft und die Gesammtheit der die stille Gesellschaft beherrschenden Rechtsregeln darlegen. Die ausführliche Erörterung aller einschlägigen Fragen, vom Standpunkt sowohl des in den deutschen Territorien bestehenden Rechts als der bevorstehenden gemeinsamen Gesetzgebung, erschien durch die Wichtigkeit des Gegenstandes geboten.

Ich durfte hier bereits den Revidirten Entwurf und dessen gründliche Motive benutzen, deren Mangel mir den ersten Theil meiner Arbeit wesentlich erschwerte. Manche gegen den ersten Entwurf erhobene Einwürfe finden sich, zu meiner Freude, in der Revision erledigt.

Unaufschiebliche Berufsgeschäfte nöthigen mich, von der Ausführung des ursprünglichen Planes, dem gemäß der ganze Entwurf einer eingehenden Prüfung unterzogen werden sollte, wenigstens für jetzt abzustehen. Inzwischen hat derselbe competentere Beurtheiler gefunden, und wir sehen hoffentlich in Kurzem aus den Berathungen der Conferenz zu Nürnberg ein des deutschen Handels- und Juristen-

standes würdiges, dem deutschen Rechtsbewußtsein und den Bedürfnissen unseres Verkehrs entsprechendes, aus dem ureigensten Geiste unserer Nation entsprungenes Gesetzbuch hervorgehen.

Einen kleinen Beitrag zum Aufbau dieses ersehnten Werkes und zur Fortbildung der Handelsrechtswissenschaft zu liefern, ist der Zweck dieser Schrift. Insofern hege ich den natürlichen Wunsch, daß deren Resultate, wie gering sie auch seien, ihre nächste Veranlassung überdauern mögen. Seit Jahren durchdrungen von der Ueberzeugung, und immer mehr in derselben befestigt, daß die beherrschenden Grundgedanken einer jeden Rechtslehre die Erforschung der Lebensverhältnisse, des wirthschaftlichen wie des sitlichen Thatbestandes, zu ihrer natürlichen und nothwendigen Basis haben, und daß dem Juristen die Hülfe namentlich der Volkswirthschaftslehre um so unentbehrlicher ist, je flüssiger das Rechtselement erscheint, dessen Gestaltung ihm obliegt, je näher darum seine Thätigkeit an wirkliche Rechtserzeugung heranstreift, war ich bemüht, in den Handelsverhältnissen und dem Bedürfniß des Handelsverkehrs eine Erkenntnißquelle für das geltende Recht wie namentlich für die Anforderungen an das neue Gesetzbuch zu finden. Was diesen Versuchen an innerem Werth abgeht, mag das Streben des Verfassers nach unparteiischer, unbefangener und rückhaltsloser Wahrheitserforschung möglichst ersetzen.

Heidelberg Ende März 1857.

Wir haben versucht, die richtige Struktur der offenen Handelsgesellschaft darzulegen. Bevor wir zu einer gleichen Prüfung für die anderen Societätsformen übergehen, erscheint es zweckmäßig, einige Bemerkungen über die wichtigsten Rechtsgrundsätze anzureihen, welche die Stellung der offenen Gesellschaft im Einzelnen regeln.

Der Revidirte Entwurf behandelt dieselbe in 6 Abschnitten: Von der Errichtung der Gesellschaft (art. 91—95); von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter zur Gesellschaft*) (art. 96—113); von dem Rechtsverhältniß der Gesellschaft gegen dritte Personen (art. 114—117); von der Auflösung der Gesellschaft und dem Ausscheiden einzelner Gesellschafter aus derselben (art. 118—127); von der Liquidation der Gesellschaft (art. 128—138); von der Verjährung (art. 139—143**).

Erster Abschnitt. Von der Errichtung der Gesellschaft.

Die Definition des art. 91:

> Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben

---

*) Müßte heißen: Von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter unter einander.

**) Der Inhalt entspricht bis auf wenige, übrigens fast durchweg zweckmäßige Aenderungen, dem ersten Entwurf §. 91—150. Die Anordnung ist jetzt übersichtlicher, Vieles gut zusammengezogen. Völlig neu ist nur art. 109; neue Zusätze finden sich in den art. 112. 116. 121. 126. 133. 135. Weggelassen sind einige Bestimmungen der art. 94. 119. 128. 137 des ersten Entwurfs. Die Lehre von den Handelsgesellschaften bildet jetzt übrigens ein besonderes Buch: das zweite mit 5 Titeln.

ist mangelhaft, weil sie keines von den wesentlichen Merkmalen der offenen Gesellschaft enthält. Auch der folgende Satz:

Die Gesellschafter haften persönlich und solidarisch für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegen Dritte

giebt dieselben nur unvollständig an.

Gewerbsmäßiger Handelsbetrieb unter gemeinschaftlicher Firma findet auch bei der Aktiengesellschaft statt, ja selbst bei der stillen Gesellschaft, nach den Bestimmungen des Entwurfs (art. 145. 148). Denn gemeinschaftlich ist eine Firma nicht etwa alsdann, wenn sie die Namen sämmtlicher Theilhaber enthält — was ja selbst bei der offenen Gesellschaft nicht nothwendig ist (Entw. art. 22) und nur selten der Fall sein wird —, sondern nur insofern, als unter dieser Bezeichnung sämmtliche Gesellschafter contrahiren, sei es zusammen, oder durch Vertreter, sei es mit unbeschränkter oder mit beschränkter Haftung. Der Dritte, mit welchem unter der gemeinschaftlichen Firma ein Rechtsgeschäft geschlossen ist, hat mit jedem Mitglied contrahirt, hat somit gegen jedes einen directen Anspruch, dessen jederzeitige Realisirung freilich gegen stille Gesellschafter durch die eigenthümliche Struktur der Commandit- und Aktiengesellschaft ausgeschlossen ist.

Die Motive S. 48 verkennen das Ungenügende der Definition nicht, da sie das alin. 2 als zur Ergänzung nothwendig herbeiziehen. Besser hätte man gethan, die unfreie Anlehnung an die Begriffsbestimmungen anderer Handelsgesetzbücher völlig aufzugeben, alsdann würde sich auch der nothwendige Gegensatz zu den Definitionen der stillen und der Aktiengesellschaft (art. 144. 178) ergeben haben.

Die solidarische Haftung, welche das alin. 2 aufstellt, erschöpft das Wesen der offenen Gesellschaft nicht. Mehrere Personen mögen solidarisch, d. h. jede für die ganze Gesellschaftsschuld haften, also nicht blos auf Höhe ihrer gesetzlichen oder vertragsmäßigen Verlustrate, und dennoch nicht mit ihrem ganzen Vermögen. So z. B. der Commanditist im Concurse des Complementars (der Gesellschaft) nur mit seiner Einlage, aber mit dieser ganz für den ganzen Betrag der Gesellschaftsschuld, selbst wenn der nach dem Gesellschaftsvertrage ihn treffende Verlustantheil den Betrag seiner Einlage bei weitem nicht erschöpfen würde. Seine Haftung ist also zwar eine solidarische, aber gleichwohl eine beschränkte, da sie über den Betrag der Einlage

nicht hinausgeht. Erschöpfend dürfte folgende Begriffsbestimmung sein:

Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe (unter gemeinschaftlicher Firma) betreiben, mit directer, solidarischer und unbeschränkter Haftung jedes einzelnen Gesellschafters für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten gegen Dritte.

Eine schwierige legislative Aufgabe ist die Ermittelung des für die Errichtung der offenen Gesellschaft zweckmäßigsten Systems. Ueblich, auch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, sind schriftliche Abfassung des Societätsvertrages, und alsbaldige Publication eines Vertragsauszuges. Sämmtliche neueren Gesetzgebungen haben Beides in eine Zwangspflicht umgewandelt. Der Entwurf schließt sich ihnen an.

art. 92. Der Gesellschaftsvertrag muß durch schriftliche Urkunde geschlossen, und ein Auszug aus der Urkunde muß binnen acht Tagen nach dem Abschlusse des Vertrages bei dem Handelsgerichte des Orts, wo die Gesellschaft ihre Hauptniederlassung hat, behufs der Eintragung in das Handelsregister eingereicht werden.

Der Auszug muß enthalten den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters, die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihre Hauptniederlassung hat.

Der Auszug muß von allen Gesellschaftern unterzeichnet sein.

art. 94. Wenn nach dem Gesellschaftsvertrage die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte ihren Anfang nehmen soll, oder

wenn einzelne Gesellschafter von der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten oder die Firma zu zeichnen, ausgeschlossen oder in dieser Befugniß beschränkt sein sollen, oder

wenn im Gesellschaftsvertrage die einer solchen Beschränkung gleichstehende Bestimmung getroffen ist, daß nur einer oder einige Gesellschafter die Befugniß haben sollen, die Gesellschaft zu vertreten, oder die Firma zu zeichnen,

so müssen diese Beschränkungen in das Handelsregister eingetragen werden.

Ist dies nicht geschehen, so stehen solche Beschränkungen dritten

Personen nur insofern entgegen, als ihnen dieselben anderweit bekannt geworden sind.

art. 95. Jeder Vertrag, welcher eine Abänderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags oder einen Zusatz zu demselben enthält, muß durch eine schriftliche Urkunde geschlossen werden.

Hat der Vertrag das Eintreten neuer Gesellschafter, die Veränderung der Firma, oder die Veränderung des Orts der Hauptniederlassung der Gesellschaft zum Gegenstande, so kommen die für die Errichtung der Gesellschaft gegebenen Vorschriften zur Anwendung (art. 92. 93).

Wird in dem neuen Vertrage die Vertretungsbefugniß der einzelnen Gesellschafter beschränkt, so ist die Bestimmung im art. 94 maaßgebend.

In allen diesen Punkten ist dem Entwurf durchaus beizutreten.

Der Vertrag, eine offene Societät einzugehen, ist für die oeconomische Existenz der Contrahenten von so hoher Bedeutung, die aus Gesellschaftsverhältnissen möglicherweise und gar häufig entspringenden Verwickelungen sind so schwieriger Art, daß hier, wenn irgendwo, das Gesetz eine gewisse Garantie verlangen darf, daß bei Eingehung des Vertrages die nöthige Umsicht und Besonnenheit obgewaltet habe. Leistet die schriftliche Errichtung hiefür auch keine volle Gewähr, sind unvollkommene und dunkele Vertragsurkunden auch nicht selten*), so dürften doch die Vortheile der Formvorschrift entschieden überwiegen. Nur grober Leichtsinn wird ohne formelle, den künftigen Beweis sichernde Abrede einen solchen Vertrag eingehen — die seltenen Fälle leichtgläubiger Ehrenhaftigkeit können hier nicht den Ausschlag geben. Alle Bedenken, welche Formvorschriften für den Tagesverkehr als beengend verurtheilen, treten hier zurück — die Verpflichtung Verträge über die Eingehung offener Handelsgesellschaften schriftlich zu errichten, ist keine hemmende Fessel**).

Auch die Veröffentlichung eines Vertragsextracts

---

*) Was Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 34 S. 157 ff. zu stark urgirt. Für das bestehende gemeine Recht zu weit gehen Bluntschli D. Privatr. II S. 88, Beseler III S. 289 und Walter No. 289.

**) Friedrich Noback Systematisches Lehrbuch der Handelswissenschaft. Leipzig 1851. §. 177.

erscheint durchaus nothwendig*), nicht freilich, um die Existenz der juristischen Person erkennbar zu machen, sondern für die Gesellschafter, um das gegenseitige Bevollmächtigungsverhältniß zur öffentlichen Kunde zu bringen; für das Publikum, um nach der Vertrauenswürdigkeit der unter der Firma versteckten Personen sein Verhältniß zur Gesellschaft und zu den einzelnen Gesellschaftern zu regeln. Der Inhalt des zu veröffentlichenden Auszugs ist zweckmäßig auf die nothwendigsten Punkte beschränkt. Weitere Publicationen liegen allein im Interesse der Gesellschafter — werden Dritte durch deren Unterlassung getäuscht, so dürfen sich die Ersteren über die gesetzlichen Folgen ihrer Nachlässigkeit (art. 94. 95 alin. 3) nicht beschweren.

Durch welche Mittel sollen jedoch die gebotene schriftliche Errichtung und Registrirung des Extracts erzwungen werden? Die Ansichten der Gesetzgeber und der Schriftsteller gehen hier weit auseinander. Der Entwurf bestimmt:

art. 93. Wenn diese Förmlichkeiten (art. 92) nicht erfüllt sind, hat der Gesellschaftsvertrag keine rechtliche Wirkung.

Jedoch können die Contrahenten die Nichtigkeit des Vertrages dritten Personen nicht entgegensetzen.

Im Verhältniß zu einander sind sie zur Fortsetzung des gesellschaftlichen Verhältnisses nicht verpflichtet; in Beziehungen auf die Handlungen und Geschäfte, welche in Ausführung des Gesellschaftsvertrages vorgenommen worden sind, gelten zwischen ihnen die Regeln von Vollmachtsaufträgen; was für gemeinschaftliche Rechnung erworben wurde, ist gleich einem durch zufällige Begebenheit entstandenen gemeinschaftlichen Eigenthum zu betrachten.

Das alin. 2 versteht sich von selbst. Sind die Gesellschafter als solche nach außen aufgetreten, so steht dem Dritten weder die unterlassene Publication, noch der Mangel einer schriftlichen Societätsurkunde**) entgegen. Nach den Motiven (S. 51) soll jedoch

---

*) Sogar für das gemeine Recht behaupten eine solche Zwangspflicht: Beseler a. a. O. Bluntschli S. 89.

**) So auch die Preußische Praxis: Gelpke Zeitschrift III S. 184—188. Bornemann Erörterungen aus dem Gebiete des Preuß. Rechts. Berlin 1856. I S. 155—160.

in diesem Falle das proponirte Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftsvermögen fortfallen*).

Im Uebrigen sind die Folgen der unterlassenen schriftlichen Errichtung und der verabsäumten Publication gesondert ins Auge zu fassen**).

1. Im ersten Fall ist das Präjudiz der absoluten Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages, welches gleichmäßig vom Preußischen (A.L.R. I. 17. §. 170. II. 8. §. 617), wie vom Französischen Recht (Code de comm. art. 39. 41 in Verb. mit art. 42 a. E.) angedroht wird, vollkommen begründet, denn das Gesetz will Uebereilungen verhüten, und den wirklichen Willen der Partrien in erkennbarer Weise fixiren. Eine Heilung der Richtigkeit durch vollständige Erfüllung ist unmöglich, weil, mindestens während der Dauer der Societät, jeder Gesellschafter in der Regel zu fortgesetzter Capitals- und Arbeitsleistung im Interesse der Gemeinschaft verbunden ist. Alle anderen Systeme sind halb und prinziplos, namentlich die bloße Unklagbarkeit (Span. und Portug. Gesetzb.), welche Verwickelungen befördert; die bloße Rücktrittsbefugniß mit Aufrechthaltung der bisherigen Vorgänge (Pardessus no. 1007. 1008. Troplong no. 227); das System bloßer Geldstrafen (cumulirt mit der Unklagbarkeit im Span. und Portug. Gesetzbuch, vorgeschlagen von Brinckmann), welches einerseits zu störenden und doch unzureichenden Nachforschungen der Staatsgewalt führen müßte, andererseits gegen Uebereilungen keine wirksame Abhülfe gewährt.

Mit der Beweisfrage hat das Gebot der Schriftlichkeit nach Deutschem Rechte nichts zu schaffen: der Inhalt einer verloren gegangenen schriftlichen Societätsurkunde wird somit durch jedes Beweismittel hergestellt werden dürfen. Mündliche Abreden, sofern sie nur den Inhalt des Vertrages angehen, gleichviel ob vor, bei oder nach Errichtung desselben getroffen, müssen vollständig wirkungslos seyn; der Einwand des Mangels freier oder ernstlicher Willenserklärung dagegen (des Zwangs, Betrugs, Irrthums, der

*) So auch d. französ. Schriftsteller: Pardessus cours de droit no. 1009. Alauzet Commentaire du Code de commerce. Paris 1856. 1857. t. I. no. 228. Uebrigens ohne Grund, sofern man dieses Privileg darauf stützt, daß den Societätsgläubigern der Handlungsfond, auf welchen sie vorzugsweise gerücksichtigt hätten, ungeschmälert verbleiben müsse. Vgl. oben S. 67.

**) Richtig scheidet auch der Würtembergische Entwurf (Motive S. 168).

Substitution) auch durch Geständniß, Eid, Zeugen und auf jede andere Weise dargethan werden dürfen*). Diese Regeln wären entweder an dieser Stelle, oder besser allgemein für alle Verträge, deren schriftliche Errichtung im Handelsgesetzbuch geboten ist, am gehörigen Orte festzustellen (vgl. Würtemb. Entw. art. 291—293) — theils um den Controversen des gemeinen und des Preußischen Rechts abzuhelfen, theils um dem Einschleichen des künstlichen, verwickelten und inconsequenten französischen Systems mit seinem Heere von Streitfragen**) vorzubeugen.

2. In Betreff der zweiten Frage dagegen schreitet der Entwurf weit über die Grenze des Nothwendigen hinaus. Die Androhung von Nachtheilen für die Unterlassung der ordnungsmäßigen Publication erscheint nur gerechtfertigt, soweit die Veröffentlichung durch das Interesse Dritter bedingt wird. Im Wesentlichen sind diese schon durch das alin. 2 des art. 93 hinlänglich gesichert: die alsbaldige Einregistrirung wird hauptsächlich nur für die Erleichterung des Beweises zweckdienlich sein. Man hat wohl auf die Gefahr von Collusionen hingewiesen „Die Nichtveröffentlichung begründe den Verdacht, daß Gesellschaftsmitglieder nach außen unbekannt bleiben wollten, um erforderlichenfalls sich der Haftung entziehen zu können“ (Troplong no. 240 ff.). Darin läge jedoch an sich für den Dritten kein Grund zur Beschwerde, da er nicht auf den Credit der ihm völlig unbekannt gebliebenen Gesellschafter gehandelt hat, und nur erwarten durfte, daß die Personen ihm verantwortlich sein würden, welche ihm gegenüber als Associés aufgetreten sind.

Allerdings liegt es nahe, daß die Zuschüsse von dergleichen geheimen Gesellschaftern, welche bei unglücklichem Geschäftsbetrieb ihre Capitalien unter dem Vorgeben eines bloßen Darlehnsverhältnisses zurückzuziehen suchen, das Publikum über die Creditwürdigkeit seiner Schuldner täuschen, und daß diese Versuche zwar keineswegs aufhören, aber doch seltener sein dürften, wenn die Existenz der Gesellschaft alsbald zur öffentlichen Kunde gebracht werden muß. Allein der-

*) Vgl. Thöl Handelsrecht §. 58. 61. So auch die gegenwärtige Preussische Praxis: Meyer die Schrift in ihrer Bedeutung nach Preuß. Recht. Berlin 1855. Bornemann a. a. O. S. 191—202.

**) Auch in der Lehre von der Societät. Cf. Les Codes annotés de Sirey ed. Gilbert zum Code de c. art. 39. Alauzet a. a. O. no. 214—226 ff.

Vorrede.

Die nachfolgenden Blätter, welche sich der vor einigen Monaten erschienenen Ersten Abtheilung meiner Kritik anschließen, sollen die innere Organisation der offenen Gesellschaft und die Gesammtheit der die stille Gesellschaft beherrschenden Rechtsregeln darlegen. Die ausführliche Erörterung aller einschlägigen Fragen, vom Standpunkt sowohl des in den deutschen Territorien bestehenden Rechts als der bevorstehenden gemeinsamen Gesetzgebung, erschien durch die Wichtigkeit des Gegenstandes geboten.

Ich durfte hier bereits den Revidirten Entwurf und dessen gründliche Motive benutzen, deren Mangel mir den ersten Theil meiner Arbeit wesentlich erschwerte. Manche gegen den ersten Entwurf erhobene Einwürfe finden sich, zu meiner Freude, in der Revision erledigt.

Unaufschiebliche Berufsgeschäfte nöthigen mich, von der Ausführung des ursprünglichen Planes, dem gemäß der ganze Entwurf einer eingehenden Prüfung unterzogen werden sollte, wenigstens für jetzt abzustehen. Inzwischen hat derselbe competentere Beurtheiler gefunden, und wir sehen hoffentlich in Kurzem aus den Berathungen der Conferenz zu Nürnberg ein des deutschen Handels- und Juristen-

standes würdiges, dem deutschen Rechtsbewußtsein und den Bedürfnissen unseres Verkehrs entsprechendes, aus dem ureigensten Geiste unserer Nation entsprungenes Gesetzbuch hervorgehen.

Einen kleinen Beitrag zum Aufbau dieses ersehnten Werkes und zur Fortbildung der Handelsrechtswissenschaft zu liefern, ist der Zweck dieser Schrift. Insofern hege ich den natürlichen Wunsch, daß deren Resultate, wie gering sie auch seien, ihre nächste Veranlassung überdauern mögen. Seit Jahren durchdrungen von der Ueberzeugung, und immer mehr in derselben befestigt, daß die beherrschenden Grundgedanken einer jeden Rechtslehre die Erforschung der Lebensverhältnisse, des wirthschaftlichen wie des sittlichen Thatbestandes, zu ihrer natürlichen und nothwendigen Basis haben, und daß dem Juristen die Hülfe namentlich der Volkswirthschaftslehre um so unentbehrlicher ist, je flüssiger das Rechtselement erscheint, dessen Gestaltung ihm obliegt, je näher darum seine Thätigkeit an wirkliche Rechtserzeugung heranstreift, war ich bemüht, in den Handelsverhältnissen und dem Bedürfniß des Handelsverkehrs eine Erkenntnißquelle für das geltende Recht wie namentlich für die Anforderungen an das neue Gesetzbuch zu finden. Was diesen Versuchen an innerem Werth abgeht, mag das Streben des Verfassers nach unparteiischer, unbefangener und rückhaltsloser Wahrheitserforschung möglichst ersetzen.

Heidelberg Ende März 1857.

Wir haben versucht, die richtige Struktur der offenen Handelsgesellschaft darzulegen. Bevor wir zu einer gleichen Prüfung für die anderen Societätsformen übergehen, erscheint es zweckmäßig, einige Bemerkungen über die wichtigsten Rechtsgrundsätze anzureihen, welche die Stellung der offenen Gesellschaft im Einzelnen regeln.

Der Revidirte Entwurf behandelt dieselbe in 6 Abschnitten: Von der Errichtung der Gesellschaft (art. 91—95); von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter zur Gesellschaft*) (art. 96—113); von dem Rechtsverhältniß der Gesellschaft gegen dritte Personen (art. 114—117); von der Auflösung der Gesellschaft und dem Ausscheiden einzelner Gesellschafter aus derselben (art. 118—127); von der Liquidation der Gesellschaft (art. 128—138); von der Verjährung (art. 139—143**).

Erster Abschnitt. Von der Errichtung der Gesellschaft.

Die Definition des art. 91:

Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben

---

*) Müßte heißen: Von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter unter einander.

**) Der Inhalt entspricht bis auf wenige, übrigens fast durchweg zweckmäßige Aenderungen, dem ersten Entwurf §. 91—150. Die Anordnung ist jetzt übersichtlicher, Vieles gut zusammengezogen. Völlig neu ist nur art. 109; neue Zusätze finden sich in den art. 112. 116. 121. 126. 133. 135. Weggelassen sind einige Bestimmungen der art. 94. 119. 128. 137 des ersten Entwurfs. Die Lehre von den Handelsgesellschaften bildet jetzt übrigens ein besonderes Buch: das zweite mit 5 Titeln.

ist mangelhaft, weil sie keines von den wesentlichen Merkmalen der offenen Gesellschaft enthält. Auch der folgende Satz:

> Die Gesellschafter haften persönlich und solidarisch für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegen Dritte

giebt dieselben nur unvollständig an.

Gewerbsmäßiger Handelsbetrieb unter gemeinschaftlicher Firma findet auch bei der Aktiengesellschaft statt, ja selbst bei der stillen Gesellschaft, nach den Bestimmungen des Entwurfs (art. 145. 148). Denn gemeinschaftlich ist eine Firma nicht etwa alsdann, wenn sie die Namen sämmtlicher Theilhaber enthält — was ja selbst bei der offenen Gesellschaft nicht nothwendig ist (Entw. art. 22) und nur selten der Fall sein wird —, sondern nur insofern, als unter dieser Bezeichnung sämmtliche Gesellschafter contrahiren, sei es zusammen, oder durch Vertreter, sei es mit unbeschränkter oder mit beschränkter Haftung. Der Dritte, mit welchem unter der gemeinschaftlichen Firma ein Rechtsgeschäft geschlossen ist, hat mit jedem Mitglied contrahirt, hat somit gegen jedes einen directen Anspruch, dessen jederzeitige Realisirung freilich gegen stille Gesellschafter durch die eigenthümliche Struktur der Commandit- und Aktiengesellschaft ausgeschlossen ist.

Die Motive S. 48 verkennen das Ungenügende der Definition nicht, da sie das alin. 2 als zur Ergänzung nothwendig herbeiziehen. Besser hätte man gethan, die unfreie Anlehnung an die Begriffsbestimmungen anderer Handelsgesetzbücher völlig aufzugeben, alsdann würde sich auch der nothwendige Gegensatz zu den Definitionen der stillen und der Aktiengesellschaft (art. 144. 178) ergeben haben.

Die solidarische Haftung, welche das alin. 2 aufstellt, erschöpft das Wesen der offenen Gesellschaft nicht. Mehrere Personen mögen solidarisch, d. h. jede für die ganze Gesellschaftsschuld haften, also nicht blos auf Höhe ihrer gesetzlichen oder vertragsmäßigen Verlustrate, und dennoch nicht mit ihrem ganzen Vermögen. So z. B. der Commanditist im Concurse des Complementars (der Gesellschaft) nur mit seiner Einlage, aber mit dieser ganz für den ganzen Betrag der Gesellschaftsschuld, selbst wenn der nach dem Gesellschaftsvertrage ihn treffende Verlustantheil den Betrag seiner Einlage bei weitem nicht erschöpfen würde. Seine Haftung ist also zwar eine solidarische, aber gleichwohl eine beschränkte, da sie über den Betrag der Einlage

nicht hinausgeht. Erschöpfend dürfte folgende Begriffsbestimmung sein:

Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn zwei oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe (unter gemeinschaftlicher Firma) betreiben, mit directer, solidarischer und unbeschränkter Haftung jedes einzelnen Gesellschafters für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten gegen Dritte.

Eine schwierige legislative Aufgabe ist die Ermittelung des für die Errichtung der offenen Gesellschaft zweckmäßigsten Systems. Ueblich, auch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, sind schriftliche Abfassung des Societätsvertrages, und alsbaldige Publication eines Vertragsauszuges. Sämmtliche neueren Gesetzgebungen haben Beides in eine Zwangspflicht umgewandelt. Der Entwurf schließt sich ihnen an.

art. 92. Der Gesellschaftsvertrag muß durch schriftliche Urkunde geschlossen, und ein Auszug aus der Urkunde muß binnen acht Tagen nach dem Abschlusse des Vertrages bei dem Handelsgerichte des Orts, wo die Gesellschaft ihre Hauptniederlassung hat, behufs der Eintragung in das Handelsregister eingereicht werden.

Der Auszug muß enthalten den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters, die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihre Hauptniederlassung hat.

Der Auszug muß von allen Gesellschaftern unterzeichnet sein.

art. 94. Wenn nach dem Gesellschaftsvertrage die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte ihren Anfang nehmen soll, oder

wenn einzelne Gesellschafter von der Befugniß, die Gesellschaft zu vertreten oder die Firma zu zeichnen, ausgeschlossen oder in dieser Befugniß beschränkt sein sollen, oder

wenn im Gesellschaftsvertrage die einer solchen Beschränkung gleichstehende Bestimmung getroffen ist, daß nur einer oder einige Gesellschafter die Befugniß haben sollen, die Gesellschaft zu vertreten, oder die Firma zu zeichnen,

so müssen diese Beschränkungen in das Handelsregister eingetragen werden.

Ist dies nicht geschehen, so stehen solche Beschränkungen dritten

Personen nur insofern entgegen, als ihnen dieselben anderweit bekannt geworden sind.

art. 95. Jeder Vertrag, welcher eine Abänderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags oder einen Zusatz zu demselben enthält, muß durch eine schriftliche Urkunde geschlossen werden.

Hat der Vertrag das Eintreten neuer Gesellschafter, die Veränderung der Firma, oder die Veränderung des Orts der Hauptniederlassung der Gesellschaft zum Gegenstande, so kommen die für die Errichtung der Gesellschaft gegebenen Vorschriften zur Anwendung (art. 92. 93).

Wird in dem neuen Vertrage die Vertretungsbefugniß der einzelnen Gesellschafter beschränkt, so ist die Bestimmung im art. 94 maaßgebend.

In allen diesen Punkten ist dem Entwurf durchaus beizutreten.

Der Vertrag, eine offene Societät einzugehen, ist für die oconomische Existenz der Contrahenten von so hoher Bedeutung, die aus Gesellschaftsverhältnissen möglicherweise und gar häufig entspringenden Verwickelungen sind so schwieriger Art, daß hier, wenn irgendwo, das Gesetz eine gewisse Garantie verlangen darf, daß bei Eingehung des Vertrages die nöthige Umsicht und Besonnenheit obgewaltet habe. Leistet die schriftliche Errichtung hiefür auch keine volle Gewähr, sind unvollkommene und dunkele Vertragsurkunden auch nicht selten*), so dürften doch die Vortheile der Formvorschrift entschieden überwiegen. Nur grober Leichtsinn wird ohne formelle, den künftigen Beweis sichernde Abrede einen solchen Vertrag eingehen — die seltenen Fälle leichtgläubiger Ehrenhaftigkeit können hier nicht den Ausschlag geben. Alle Bedenken, welche Formvorschriften für den Tagesverkehr als beengend verurtheilen, treten hier zurück — die Verpflichtung Verträge über die Eingehung offener Handelsgesellschaften schriftlich zu errichten, ist keine hemmende Fessel**).

Auch die Veröffentlichung eines Vertragsextracts

*) Was Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 34 S. 157 ff. zu stark urgirt. Für das bestehende gemeine Recht zu weit gehen Bluntschli D. Privatr. II S. 88, Beseler III S. 289 und Walter No. 289.

**) Friedrich Noback Systematisches Lehrbuch der Handelswissenschaft. Leipzig 1851. §. 177.

erscheint durchaus nothwendig*), nicht freilich, um die Existenz der juristischen Person erkennbar zu machen, sondern für die Gesellschafter, um das gegenseitige Bevollmächtigungsverhältniß zur öffentlichen Kunde zu bringen; für das Publikum, um nach der Vertrauenswürdigkeit der unter der Firma versteckten Personen sein Verhältniß zur Gesellschaft und zu den einzelnen Gesellschaftern zu regeln. Der Inhalt des zu veröffentlichenden Auszugs ist zweckmäßig auf die nothwendigsten Punkte beschränkt. Weitere Publicationen liegen allein im Interesse der Gesellschafter — werden Dritte durch deren Unterlassung getäuscht, so dürfen sich die Ersteren über die gesetzlichen Folgen ihrer Nachlässigkeit (art. 94. 95 alin. 3) nicht beschweren.

Durch welche Mittel sollen jedoch die gebotene schriftliche Errichtung und Registrirung des Extracts erzwungen werden? Die Ansichten der Gesetzgeber und der Schriftsteller gehen hier weit auseinander. Der Entwurf bestimmt:

art. 93. Wenn diese Förmlichkeiten (art. 92) nicht erfüllt sind, hat der Gesellschaftsvertrag keine rechtliche Wirkung.

Jedoch können die Contrahenten die Nichtigkeit des Vertrages dritten Personen nicht entgegensetzen.

Im Verhältniß zu einander sind sie zur Fortsetzung des gesellschaftlichen Verhältnisses nicht verpflichtet; in Beziehungen auf die Handlungen und Geschäfte, welche in Ausführung des Gesellschaftsvertrages vorgenommen worden sind, gelten zwischen ihnen die Regeln von Vollmachtsaufträgen; was für gemeinschaftliche Rechnung erworben wurde, ist gleich einem durch zufällige Begebenheit entstandenen gemeinschaftlichen Eigenthum zu betrachten.

Das alin. 2 versteht sich von selbst. Sind die Gesellschafter als solche nach außen aufgetreten, so steht dem Dritten weder die unterlassene Publication, noch der Mangel einer schriftlichen Societätsurkunde**) entgegen. Nach den Motiven (S. 51) soll jedoch

---

*) Sogar für das gemeine Recht behaupten eine solche Zwangspflicht: Beseler a. a. O. Bluntschli S. 89.

**) So auch die Preußische Praxis: Gelpke Zeitschrift III S. 184—188. Bornemann Erörterungen aus dem Gebiete des Preuß. Rechts. Berlin 1856. I S. 155—160.

in diesem Falle das proponirte Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftsvermögen fortfallen*).

Im Uebrigen sind die Folgen der unterlassenen schriftlichen Errichtung und der verabsäumten Publication gesondert ins Auge zu fassen**).

1. Im ersten Fall ist das Präjudiz der absoluten Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages, welches gleichmäßig vom Preußischen (A.L.R. I. 17. §. 170. II. 8. §. 617), wie vom Französischen Recht (Code de comm. art. 39. 41 in Verb. mit art. 42 a. E.) angedroht wird, vollkommen begründet, denn das Gesetz will Uebereilungen verhüten, und den wirklichen Willen der Parteien in erkennbarer Weise fixiren. Eine Heilung der Nichtigkeit durch vollständige Erfüllung ist unmöglich, weil, mindestens während der Dauer der Societät, jeder Gesellschafter in der Regel zu fortgesetzter Capitals- und Arbeitsleistung im Interesse der Gemeinschaft verbunden ist. Alle anderen Systeme sind halb und prinziplos, namentlich die bloße Unklagbarkeit (Span. und Portug. Gesetzb.), welche Verwickelungen befördert; die bloße Rücktrittsbefugniß mit Aufrechthaltung der bisherigen Vorgänge (Pardessus no. 1007. 1008. Troplong no. 227); das System bloßer Geldstrafen (cumulirt mit der Unklagbarkeit im Span. und Portug. Gesetzbuch, vorgeschlagen von Brinckmann), welches einerseits zu störenden und doch unzureichenden Nachforschungen der Staatsgewalt führen müßte, andererseits gegen Uebereilungen keine wirksame Abhülfe gewährt.

Mit der Beweisfrage hat das Gebot der Schriftlichkeit nach Deutschem Rechte nichts zu schaffen: der Inhalt einer verloren gegangenen schriftlichen Societätsurkunde wird somit durch jedes Beweismittel hergestellt werden dürfen. Mündliche Abreden, sofern sie nur den Inhalt des Vertrages angehen, gleichviel ob vor, bei oder nach Errichtung desselben getroffen, müssen vollständig wirkungslos sein; der Einwand des Mangels freier oder ernstlicher Willenserklärung dagegen (des Zwangs, Betrugs, Irrthums, der

*) So auch d. französ. Schriftsteller: Pardessus cours de droit no. 1009. Alauzet Commentaire du Code de commerce. Paris 1856. 1857. t. I. no. 228. Uebrigens ohne Grund, sofern man dieses Privileg darauf stützt, daß den Societätsgläubigern der Handlungsfond, auf welchen sie vorzugsweise gerücksichtigt hätten, ungeschmälert verbleiben müsse. Vgl. oben S. 67.

**) Richtig scheidet auch der Würtembergische Entwurf (Motive S. 168).

Stipulation) auch durch Geständniß, Eid, Zeugen und auf jede andere Weise dargethan werden dürfen*). Diese Regeln wären entweder an dieser Stelle, oder besser allgemein für alle Verträge, deren schriftliche Errichtung im Handelsgesetzbuch geboten ist, am gehörigen Orte festzustellen (vgl. Württemb. Entw. art. 291—293) — theils um den Controversen des gemeinen und des Preußischen Rechts abzuhelfen, theils um dem Einschleichen des künstlichen, verwickelten und inconsequenten französischen Systems mit seinem Heere von Streitfragen**) vorzubeugen.

2. In Betreff der zweiten Frage dagegen schreitet der Entwurf weit über die Grenze des Nothwendigen hinaus. Die Androhung von Nachtheilen für die Unterlassung der ordnungsmäßigen Publication erscheint nur gerechtfertigt, soweit die Veröffentlichung durch das Interesse Dritter bedingt wird. Im Wesentlichen sind diese schon durch das alin. 2 des art. 93 hinlänglich gesichert: die alsbaldige Einregistrirung wird hauptsächlich nur für die Erleichterung des Beweises zweckdienlich sein. Man hat wohl auf die Gefahr von Collusionen hingewiesen „Die Nichtveröffentlichung begründe den Verdacht, daß Gesellschaftsmitglieder nach außen unbekannt bleiben wollten, um erforderlichenfalls sich der Haftung entziehen zu können" (Troplong no. 240 ff.). Darin läge jedoch an sich für den Dritten kein Grund zur Beschwerde, da er nicht auf den Credit der ihm völlig unbekannt gebliebenen Gesellschafter gehandelt hat, und nur erwarten durfte, daß die Personen ihm verantwortlich sein würden, welche ihm gegenüber als Associés aufgetreten sind.

Allerdings liegt es nahe, daß die Zuschüsse von dergleichen geheimen Gesellschaftern, welche bei unglücklichem Geschäftsbetrieb ihre Capitalien unter dem Vorgeben eines bloßen Darlehnsverhältnisses zurückzuziehen suchen, das Publikum über die Creditwürdigkeit seines Schuldners täuschen, und daß diese Versuche zwar keineswegs aufhören, aber doch seltener sein dürften, wenn die Existenz der Gesellschaft alsbald zur öffentlichen Kunde gebracht werden muß. Allein der-

*) Vgl. Thöl Handelsrecht §. 58. 61. So auch die gegenwärtige Preussische Praxis: Meyer die Schrift in ihrer Bedeutung nach Preuß. Recht. Berlin 1855. Bornemann a. a. O. S. 191—202.

**) Auch in der Lehre von der Societät. Cf. Les Codes annotés de Sirey ed. Gilbert zum Code de c. art. 39. Alauzet a. a. O. no. 214. 226 ff.

gleichen Erwägungen kommen nur für die **stille** Gesellschaft in Betracht, und sind dort zu berücksichtigen.

Der Entwurf erblickt die Hauptgefahr in der möglichen Verdunkelung des **Anfangspunktes** der Gesellschaft (Motive S. 49). Ueberwiegende Rücksicht verdiente dieser Punkt nur, wenn man das Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftsvermögen festhält, und zwar nur für die gehörig publicirte Societät. Statuirt man dasselbe allgemein, so wären nur die Privatgläubiger gefährdet, denen sonst, nach den Prinzipien des Entwurfs, zu rathen wäre, alsbald nach erlangter Kunde von dem Gesellschaftsvertrag um jeden Preis ihre Schuldner zur Zahlung und dadurch zur Insolvenzerklärung zu drängen, um die schleunige Auflösung der ihnen so gefährlichen Societät zu erzwingen. Giebt man dasselbe völlig auf, so liegt keine wesentliche Gefahr vor.

Indessen würden auch gewichtigere Rücksichten die exorbitanten Bestimmungen des Entwurfs nicht rechtfertigen. Der Gesetzgeber wird nicht erwarten, durch diese harten Vorschriften dem Dasein nicht gehörig veröffentlichter Gesellschaften ein Ende zu machen. Gerade allzu strenge Gesetze haben erfahrungsmäßig jederzeit ihr Ziel verfehlt. So mußten die abnormen Zwangsmaaßregeln, welche das Preußische Edict vom 8. Februar 1770 behufs Durchführung der schriftlichen Form beliebte, nach kaum einem Decennium beseitigt werden. Das Gebot der Französischen Ordonnanz von 1673, welche Publication des Societätsvertrags bei Vermeidung der Nichtigkeit erheischte, gerieth alsbald in Vergessenheit. Die neueste und gewichtigste Erfahrung endlich bietet die Handhabung des art. 42 des Code de commerce in der französischen Praxis.

Die Existenz gar nicht oder ungehörig publicirter Gesellschaften wird sich also, der härtesten Strafandrohungen ungeachtet, nicht wegschaffen lassen*): die Macht der Trägheit ist stärker, als das noch so wohl motivirte, und unter noch so empfindlichen Nachtheilen eingeschärfte Gesetz. In solchen Fällen muß dasselbe aber äußerst verwirrend auf den Rechtszustand wirken.

Gesetzt, daß durch schriftlichen Vertrag eine offene Gesellschaft

*) Ueber die gegenwärtigen Zustände in Preußen vgl. **Gelpke** Zeitschrift III S. 186. 187. Ihre Häufigkeit in Frankreich ergiebt sich aus den zahllosen Prozessen, welche über deren Rechtsverhältnisse schweben.

errichtet, durch Circulare und Anzeige in den öffentlichen Blättern publicirt, aber gar nicht, oder doch erst nach Ablauf des gesetzlichen Termins beim Handelsgericht zur Registrirung angezeigt worden ist. Sie besteht lange Zeit hindurch unangefochten. Da entstehen Mißhelligkeiten unter den Gesellschaftern. Einer derselben benutzt den Mangel der vorschriftsmäßigen oder rechtzeitigen Registrirung, um nicht allein für die Zukunft sich von der Societät loszusagen, sondern alle bisherigen, dem Societätsvertrage gemäßen Verhandlungen rückgängig zu machen. Alsdann wäre der seit vielleicht 10 Jahren vertheilte und längst consumirte Gewinn wieder einzuzahlen, um von Neuem, nicht nach den getroffenen Verabredungen oder nach den gesetzlichen Normen des Societätsvertrages, sondern nach den Regeln vom zufälligen Miteigenthum zur Vertheilung zu kommen. Der Gesellschafter, welcher gar keinen Capitalbeitrag geleistet, würde bei dieser Vertheilung völlig unberücksichtigt bleiben, wenn er auch das Meiste zum Gedeihen der Societät beigetragen hätte (A.L.R. I 17. §. 44); der entstandene Verlust würde lediglich nach den ursprünglichen Antheilen am Gesellschaftsgut zu repartiren sein; dem nachlässigen Gesellschafter würde aus der Unterlassung seiner Vertragspflichten kein Schaden erwachsen. Da der Vertrag nichtig ist, so würde die in demselben enthaltene gegenseitige Bevollmächtigung der Compagnons gleichfalls nichtig sein, und, in Ermangelung besonderen Auftrags, ein Jeder nur nach den Grundsätzen der negotiorum gestio beurtheilt werden können (A.L.R. I 17. §. 53); es würde jeder Theilhaber, auch ohne Einwilligung der Uebrigen, seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen Fremden abtreten dürfen (A.L.R. I 17. §. 60 ff.) u. s. w. Selbst nach Auflösung der Gesellschaft würden die früheren Vorgänge vernichtet werden.

Ja eben dies soll auch gegen den Willen der Gesellschafter, auf den Antrag jeden Privatgläubigers geschehen dürfen (Motive S. 51), in dessen Interesse es liegen mag, die Abreden und Resultate des ihm wohlbekannten Societätsvertrages zu annulliren. Und diese ganze unübersehbare Verwirrung, alle diese empörenden Unbilligkeiten würden eintreten, ungeachtet die Gesellschafter ohne Uebereilung einen an sich vollkommen bindenden Vertrag errichtet haben, ungeachtet thatsächlich vielleicht Niemand beeinträchtigt ist, lediglich darum, weil für das Interesse Dritter nicht die vom Gesetz erforderte Vorsorge getroffen ist!

Sogar schon gegen das mildere System des Reichshandelsgesetzentwurfs ist Brinckmann's*) Einwurf völlig begründet, daß es die Unredlichkeit und den Wankelmuth begünstige, die Sicherheit des Vertragsrechts im höchsten Grade gefährde. Es ist keine glückliche Abweisung (Motive S. 51): „Der Gesellschafter dürfe sich nicht über Härte beklagen, wenn er von den gesetzlichen Folgen seiner Nachlässigkeit betroffen werde." Dem Gesetzgeber steht dieser formelle Standpunkt wenig an: er soll die Verwirklichung des materiellen Rechts erstreben, und sich von unnützen Härten fern halten.

Daß das gewünschte Resultat sich nicht in gleichem Maaße durch mildere Normen erzielen lasse, ist durchaus unerwiesen — völlig wird dasselbe niemals zu erlangen sein.

Den Deutschen Gesetzen ist diese Härte gänzlich fremd. Das Preußische Recht begnügt sich, der nicht gehörig publicirten Gesellschaft als solcher die Rechte einer Handelssocietät gegen Dritte, somit namentlich das Vertretungsrecht jedes Gesellschafters ohne ausdrückliche Vollmacht, zu versagen. Die inneren Verhältnisse bleiben völlig unberührt**).

Das Oesterreichische, Sächsische, Hamburgische und Frankfurter Recht***) ahnden die unterlassene Registrirung mit einer bloßen Geldstrafe. Die Ungarischen Gesetzartikel (XVIII §. 4) knüpfen daran nur mangelnde Beweiskraft der Handelsbücher. Das Holländische (art. 29) und Portugisische Handelsgesetzbuch (art. 597—602) begnügen sich, ohne eigentliche Strafandrohung, mit der Einschärfung der selbstverständlichen Folgen der Unterlassung.

Von den wenigen Gesetzbüchern, welche sich dem System des Code de commerce anschließen, hat nur das Brasilianische (art. 300 ff.), dessen wörtlichen Inhalt adoptirt, während das Spa-

---

*) Archiv f. civil. Praxis Bd. 34. S. 164 und dessen Lehrbuch des Handelsrechts S. 132. S. 201 Not. 7.

**) A.L.R. II 8 §. 625. Vgl. auch Dr. M. W. a. a. O. S. 60. Weiter gehen auch diejenigen Schriftsteller nicht, welche, wie Beseler und Bluntschli, für das gemeine Recht eine Zwangspflicht zur Publication behaupten.

***) Oester. Wechselordn. von 1/10 1763 art. 8. Oesterreich. Entw. art. 11. 20. 80. Sächs. V. von 28/7 46. Hamburg. V. von 28/12 35. Frankfurter Wechselordn. §. 5 und Senatsschl. von 19/10 1741.

nische (art. 22 ff., 284 ff.) an die Stelle der Nichtigkeit Anklagbarkeit setzt und durch eine Geldstrafe verschärft.

Der art. 42 des Code de commerce endlich, welchen der Entwurf mit voller Ziehung aller seiner Consequenzen adoptirt, ist gegen den Wunsch des französischen Handelsstandes, welcher eine Geldstrafe für genügend hielt, in das Gesetzbuch aufgenommen*), wird von der überwiegenden Mehrzahl der französischen Schriftsteller als durchaus zweckwidrig und den obersten Rechtsprinzipien zuwider verurtheilt**), und ungeachtet seiner Unzweideutigkeit von der Praxis so viel als möglich umgangen. Es wird angenommen, daß die Registrirung auch nach Ablauf der gesetzlichen Frist, wenn nur vor Anstellung der Nichtigkeitsklage, wirksam erfolgen könne***); daß die Nichtigkeit erst mit Anstellung der Nichtigkeitsklage für die Zukunft eintrete, in Betreff aller früheren Vorgänge dagegen die Bestimmungen des Societätsvertrages maaßgebend seien†); daß nur solche Privatgläubiger, deren Forderungen vor Errichtung der Gesellschaft entstanden seien, die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen dürften††). Ja es wird von Vielen behauptet, daß die Ausführung des Vertrages dessen Nichtigkeit vollständig heile†††).

So hat sich der zweckwidrigen Gesetzesvorschrift gegenüber das Verkehrsbedürfniß Bahn gebrochen, soweit es dazu im Stande war.

Dieser milderen Praxis schließen sich auch der Würtemb. Entw. art. 189, der Reichshandelsgesetzentw. art. 11. 15 und das Sardin. Handelsgesetzbuch art. 52 an††††).

---

*) Frémery études p. 44—61. Troplong no. 223. 224. 240.

**) Frémery a. a. O. Troplong a. a. O. Namentlich Malpeyre et Jourdain traité des sociétés comm. p. 111—116. 273—282.

***) Pardessus no. 1008. Malpeyre et Jourdain a. a. O. Alauzet Commentaire no. 223. 224.

†) Pardessus no. 1007. 1008. Malpeyre et Jourdain a. a. O. Troplong no. 246—250. Les Codes annotés ad Code de com. art. 42 no. 17 ff. Alauzet no. 281. 282.

††) Les Codes annotés a. a. O. no. 7 ff. Pardessus no. 1010. Alauzet no. 228.

†††) Les Codes annotés a. a. O. no. 12—14.

††††) Bei der Berathung des Sardinischen Gesetzbuchs schlug die Handelskammer von Turin vor, das Preußische System, als sachgemäßer, zu adoptiren! (Risposte della regia commissione di legislazione alle observazione — sul progetto di Codice di comercio p. 64).

Mit wie großem Recht auch die Verfasser des Entwurfs diese Halbheiten und Inconsequenzen rügen (Motive S. 52), so hätte doch gerade deren Unvermeidlichkeit die Unhaltbarkeit des adoptirten Systems zur Genüge darthun sollen. Das Prinzip selbst ist durchaus fehlerhaft, dessen starre Durchführung aber unerträglich. Die consequente Verfolgung eines Abweges ist kein Verdienst — es muß der richtige Weg eingeschlagen werden. Auf diesem befinden sich die bestehenden Deutschen Gesetzgebungen. Das Deutsche Gesetzbuch kann den Bedürfnissen des Verkehrs nur dadurch entsprechen, und die Gewähr der Dauer in sich tragen, falls es das Preußische System adoptirt, allenfalls unter Cumulation einer Geldstrafe, deren Höhe nach den Umständen variiren mag. —

Zweiter Abschnitt. Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter zur Gesellschaft.

Das Handelsgesetzbuch hat die Aufgabe, auch in Betreff der wichtigsten, unmittelbar praktischen Sätze des Obligationenrechts eine Ausgleichung zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten Deutschlands herbeizuführen. Aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich die detaillirte Behandlung der inneren Societätsverhältnisse, obwohl dieselben im Wesentlichen nur den civilrechtlichen Prinzipien unterliegen.

Diese Prinzipien sind fast durchgehends mit großer Klarheit entwickelt, und es zeigt von rühmlichster Unbefangenheit der Verfasser, daß sie viele, in der That entbehrliche oder gar nachtheilige Modificationen des Preußischen Rechts geopfert haben*). So läßt sich gegen den Inhalt, und meistentheils auch gegen die Fassung der art. 96. 97. art. 98 alin. 2. 3. art. 99 alin. 1. 100—102. 104. 108. 111 nichts erinnern. Auch dem alin. 1 des art. 98:

„für die Verluste, welche er (ein Gesellschafter) unmittelbar durch seine Geschäftsführung, oder aus Gefahren, die von

---

*) Z. B. die Verpflichtung der Gesellschafter, im Nothfall das Betriebscapital durch Leistung neuer Beiträge zu vergrößern: A.L.R. I 17 §. 191. 192 (Entw. art. 97); die Berechtigung des von Einem Gesellschafter einseitig aufgenommenen Mitglieds, von den übrigen Gesellschaftern Mittheilung der jährlichen Bilanz zu beanspruchen: A.L.R. II 8 §. 638 (Entw. art. 102) u. a. m.

derselben unzertrennlich sind, erleidet, ist ihm die Gesellschaft verhaftet"

ist durchaus beizutreten, ungeachtet der von der Berliner Sachverständigenkommission dagegen erhobenen Einwürfe (Protok. S. 28). Die bestehende Preußische Gesetzgebung (A.L.R. I 17. §. 227) hat mit Unrecht den begründeten Unterschied übersehen, welchen schon das Römische Recht zwischen der Haftung des Machtgebers gegen den Bevollmächtigten und der Gesellschafter unter einander in diesem Falle statuirt (l. 52 §. 4. l. 60. §. 1. l. 61 D. pro socio vgl. mit l. 26 §. 6 D. mandati). —

Wir vermissen jedoch an dieser Stelle eine Vorschrift über die Realisirung dieser Verbindlichkeiten innerhalb der Societät selbst. Soweit der vorhandene Societätsfond genügt, hat selbstverständlich die Befriedigung aus diesem zu geschehen (l. 65. §. 14 D. pro socio) — in welcher Weise soll aber der Ueberschuß der gegenseitigen Forderungen getilgt werden? Mit dem Ausdruck „die Gesellschaft ist verhaftet" (Code civil art. 1852) wird nichts entschieden; eine solidarische Haftung der Gesellschafter unter einander ist weder nach bestehendem Recht begründet, noch vom Entwurf bezweckt (art. 91 alin. 2), und wäre verwerflich, weil die gegenseitigen Regreßansprüche zu neuen Ausgleichungen führen müßten. Zweckmäßig wird, wie schon im Römischen Recht, das Prinzip generalisirt, welches die Regreßansprüche bei voller Zahlung einer Societätsschuld regelt: nämlich Haftung der Gesellschafter nach Verhältniß ihrer Verlustantheile, mit subsidiärer Haftung der zahlungsfähigen Associés für die ausfallenden Beiträge der insolventen*). Völlig verschieden sind freilich die Ansprüche zu beurtheilen, welche einem Gesellschafter aus seinen Verträgen mit der Gesellschaft zustehen. Hier ist er wie jeder dritte Gläubiger zu behandeln (Thöl §. 38 Not. 12). —

In folgenden wichtigen Punkten weicht indessen der Entwurf vom bestehenden Rechte ab:

1. Nach art. 99 hat ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegen-

---

*) L. 63 §. 5. L. 67 pr. D pro socio (17, 2). Vgl. A.L.R. I 5. §. 443—447. Code civil art. 1214. 1852. Brinckmann Handelsrecht §. 39 Not. 40. §. 52 Not. 9. 19 ff. Vgl. jedoch §. 39 Not. 32? Troplong no. 611. 612. Alauzet no. 144.

heiten den Fleiß und die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden. Nach gemeinem und bestehendem Preußischen Recht (A.L.R. I. 17. §. 211—214*) gilt bekanntlich für Societätsverhältnisse ausnahmsweise der relative Maaßstab: es genügt die in eigenen Angelegenheiten beobachtete Diligenz. Dieser, von den Römischen Juristen aus der innersten Natur der Gesellschaftsverhältnisse geschöpfte Satz darf nicht ohne Noth beseitigt werden. Der offene Gesellschafter hat in den Betrieb der Societätsgeschäfte seine ganze Persönlichkeit einzusetzen, — darum haben ihn aber auch seine Genossen so zu nehmen, wie er ist, sie dürfen von ihm kein Hinausgehen über seine Natur verlangen, sie haben es sich beizumessen, wenn er ihren Anforderungen nicht entspricht. Grobe Nachlässigkeiten, die auch ein beschränkter Kopf und ein Mensch gewöhnlichen Schlages schwerlich begeht, sind darum nicht entschuldigt**). Daß dieser Maaßstab ein schwankender sei (Motive S. 55), läßt sich freilich nicht bestreiten — allein sicherlich nicht schwankender als der absolute, und überdies liegt hierin keine Gefahr, weil dem beklagten Gesellschafter der Beweis obliegt, daß er in seinen eigenen Angelegenheiten nur die gleiche Sorgfalt zu beobachten pflege. Unbegründet aber ist es, den Gesellschafter als einen Sachverständigen anzusehen, welcher um deswillen das höchste Maaß von Aufmerksamkeit anzuwenden habe (Motive a. a. O.) — gerade darin, daß es sich nicht um die Ausrichtung einzelner Geschäfte im Auftrage Anderer, sondern um gemeinschaftliches Wirken, wenngleich möglicherweise in verschiedenem Grade, für einen gemeinsamen Zweck handelt, liegt das unterscheidende Merkmal des Societätsvertrages.

2. Nach art. 103 alin. 1 ist der geschäftsführende Gesellschafter befugt, ungeachtet des Widerspruches der übrigen Gesellschafter, alle Handlungen vorzunehmen, welche der Betrieb des Handelsgewerbs der Gesellschaft mit sich bringt.

Die Quelle dieser Vorschrift, der Code civil art. 1856, enthält

*) Vgl. auch die Deutschen Partikularrechte bei Brinckmann Handelsrecht §. 35 Not. 13. In der französischen Jurisprudenz herrscht hier viel Unklarheit wegen der noch immer nicht aufgegebenen dreigradigen culpa. Uebrigens herrscht darüber Einverständniß, daß den Gesellschafter nicht das höchste Maaß zulässiger Verantwortlichkeit treffe. Vgl. namentlich Malpeyre et Jourdain p. 72. 73. Troplong no. 566 ff. Alauzet no. 90. 91.

**) Hasse Die Culpa §. 69. Treitschke Gewerbegesellschaft §. 21.

den wichtigen Zusatz „vorausgesetzt, daß er ohne Arglist handelt" (pourvu que ce soit sans fraude). Das französische Recht gestattet somit, wie das gemeine, jedem nicht geschäftsführenden Mitglied einen wirksamen Einspruch gegen jede Handlung des Garanten, welche nur die Benachtheiligung der Gesellschaft zum Zweck haben könnte*). Diese Schranke gegen die Macht der Geschäftsführer erscheint in der That durchaus erforderlich, da die Gesellschafter Dritten gegenüber ihre Verantwortlichkeit niemals ablehnen dürfen. Der Beschluß der Gesellschafter und eventuell des Gerichts mag entscheiden. Leidet die Handlung keinen Aufschub, so wird der Garant, im Bewußtsein seiner Redlichkeit, auf seine Gefahr handeln.

3. Art. 103 alin. 3 gestattet den Widerruf einer durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäftsführung, jedoch nur aus rechtmäßigen Ursachen. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Vertrag über die Geschäftsführung nichts bestimmt, somit jeder Gesellschafter ipso jure als Geschäftsführer erscheint.

4. Die art. 105—107. art. 103. alin. 2. art. 104. alin. 2 stellen die Fälle fest, welche der Berathung und Beschlußnahme sämmtlicher Gesellschafter bedürfen, und die Regeln, welche die Bildung der Gesellschaftsbeschlüsse betreffen.

Sämmtliche Gesellschafter haben zu beschließen:

a) Ueber Maaßregeln, welche dem Zweck der Gesellschaft fremd sind, oder den Inhalt des Gesellschaftsvertrages in irgend einem Punkte abändern. Hier ist selbstverständlich Einstimmigkeit erforderlich (art. 106. alin. 2).

b) Ueber Maaßregeln, welche über den Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen (art. 106. alin. 1): also außergewöhnliche, welche nicht zu den laufenden Geschäften gehören.

c) Die Bestellung oder Abberufung von Faktoren. Sofern jedoch Mitglieder von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, soll die Beschlußnahme sämmtlicher geschäftsführenden Gesellschafter genügen (art. 107). In Betreff der Bestellung der Faktoren (Die-

---

*) Alauzet no. 140. Reichshandelsgesetzentw. art. 33. Portug. art. 615. Andere Sicherungsmaaßregeln schlägt das Span. Gesetzb. art. 307 vor, und der Würtemb. Entw. art. 199. Troplong No. 674. 675 geht soweit, gegen alle Handlungen, welche der Gesellschaft Nachtheil bringen könnten, einen Einspruch zu gestatten.

potenten, Procuristen) ist hier offenbar den Geschäftsführern eine zu große, die übrigen Gesellschafter gefährdende Macht eingeräumt. Für einen so wichtigen Akt erscheint ein Gesellschaftsbeschluß erforderlich.

d) Im Falle von Differenzen über beabsichtigte Maaßregeln zwischen den Geschäftsführern, oder, falls solche nicht ernannt sind, unter den Gesellschaftsmitgliedern überhaupt: also wenn im ersten Falle auch nur ein einziger Geschäftsführer, im zweiten auch nur ein einziges Mitglied widerspricht (art. 103. alin. 2. art. 104. alin. 2). Zweckmäßig wäre, nach der obigen Ausführung, hinzuzufügen: falls irgend ein Mitglied einer beabsichtigten unredlichen Handlung eines Geschäftsführers widerspricht. —

In den Fällen b bis d sollen Stimmeneinheit nicht erforderlich sein, sondern Stimmenmehrheit und zwar nach Köpfen genügen (art. 105).

Soll ein Majoritätsbeschluß hinreichen, so kann vernünftigerweise nur die absolute Personenmehrheit den Ausschlag geben — die Berechnung der Stimmen nach den Antheilen am Gesellschaftsgut, wie das Oesterreichische Gesetzbuch sie vorschreibt (art. 1188. 833), ist sicherlich unzweckmäßig*).

Es fragt sich jedoch, ob das Prinzip der Majoritätsentscheidung als das gesetzliche, subsidiäre, aufgestellt werden darf. Unbedingt scheint dasselbe nur im Brasilianischen Handelsgesetzbuch (art. 331) adoptirt, während das Portug. Gesetzbuch (art. 641) und die Ungar. Gesetzartikel (XVIII. §. 10) für die wichtigsten Angelegenheiten Einstimmigkeit fordern, das Span. Handelsrecht (art. 304. 305) durchaus an der gemeinrechtlichen Regel festhält. — Die Mehrzahl der französischen Schriftsteller behauptet zwar, daß die Minorität gebunden sei, aber mit unzureichenden inneren Gründen, und entgegen der unzweideutigen**) Vorschrift des Code civil 1859 no. 1. Die Wendung Troplong's (no. 717—720), daß zwar der Widerspruch jedes einzelnen Gesellschafters geachtet werden müsse, aber nur insoweit, als nun die schließliche Entscheidung in der Hand der Majorität läge, ist wenig glücklich, da sie

*) Dr. M. W. a. a. O. S. 79—82. Brinckmann Handelsrecht S. 147 Not. 9.

**) Wörtlich aus Pothier traité du contrat de société no. 90, der gewiß nicht vom Röm. Recht hat abweichen wollen, entnommen.

ganz willkührlich aus dem absoluten Veto der Gesellschafter ein suspensives macht. Die äußeren Autoritäten für diesen Rechtssatz sind Aussprüche der Römischen Juristen, welche die Mehrheitsbeschlüsse von Corporationen betreffen! (no. 720. 721.) Für die Wahl neuer Geschäftsführer erachtet auch Troplong Einstimmigkeit erforderlich; wogegen zur Absetzung aus gegründeten Ursachen mit Recht schon das Verlangen eines Einzigen für genügend erachtet wird (No. 676. 677. 679). Ob im Falle der Stimmengleichheit der Beschluß unterbleibt, oder richterliche Entscheidung eintrete, ist bestritten*). So finden wir hier nur Willkühr, Inconsequenz und Zweifel.

Selbst das bestehende Preußische Recht steht dem System des Entwurfs keineswegs zur Seite. Die art. 206. 207. tit. 17. Th. I. A.L.R. machen den gemeinschaftlichen Betrieb der Societätsgeschäfte zum Recht und zur Pflicht eines jeden Mitglieds. Daß hierunter auch die Berathung, nicht allein die Ausführung der Gesellschaftsangelegenheiten begriffen ist, geht aus dem sogleich folgenden §. 208 hervor, welcher die „Zuziehung solcher Mitglieder, die nur zum Geldbeitrage, nicht aber zum Betrieb der Geschäfte sich verbunden haben, nur alsdann" für erforderlich erklärt, „wenn Handlungen unternommen werden sollen, die den Grundsätzen des Societätsvertrages nicht gemäß sind**)". Es müssen also in der Regel die Gesellschaftsbeschlüsse einstimmig gefaßt werden. Der §. 209, auf welchen allein die entgegenstehende Annahme sich stützt, bestimmt nur, daß in solchen Fällen, wo entweder nach dem Gesellschaftsvertrage oder nach Gesetzesvorschrift die Stimmenmehrheit genügt, die Stimmenzählung im Zweifel nicht nach Antheilen, sondern nach Personen zu geschehen habe***). Das Gesetz gestattet solchen

---

*) Für das erste Troplong no. 723 und Andere, für das zweite namentlich Pardessus no. 980.

**) Koch in seinem Commentar zu dieser Stelle (Allgem. Landrecht mit Commentar Bd. II) bemerkt ganz richtig: „Auch alsdann werden dergleichen Mitglieder nicht zu den zu unternehmenden Handlungen zugezogen, sondern nur zur Berathung und Beschlußnahme."

***) A.L.R. I 17 §. 209: Ist im Gesellschaftsvertrage nicht bestimmt, wie bei dem Betriebe der gemeinschaftlichen Angelegenheiten, in Fällen, wo die Stimmenmehrheit entscheiden muß, die Stimmen gezählt werden sollen: so geschieht dies nicht nach dem Verhältniß der Beiträge, sondern nach den Per-

Zwang gegen die Minderheit nur in dem einen Falle, wo eine Vermehrung der vertragsmäßigen Einlage bezweckt wird (§. 191) — die Regel ist also hauptsächlich auf eine derartige, sehr häufige, Stipulation des Societätsvertrages berechnet. Ja wollte man, wider die Absicht des Gesetzgebers (A.L.R. I. 17. §. 9), die wenig passenden Prinzipien der communio incidens (A.L.R. I. 17. §. 10—24) auch auf Societätsverträge anwenden, so würde doch selbst bei „Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache, die Art ihrer Verwaltung oder Benutzung" (den Hauptfällen, wo Stimmenmehrheit genügt) die überstimmte Minderheit durch das freie Rücktrittsrecht, oder durch die nothwendige richterliche Entscheidung, oder endlich durch Caution der Majorität, und zwar mit Suspension der fraglichen Maaßregel bis zur vollendeten Auseinandersetzung rc., vor wirklichen Uebergriffen derselben geschützt sein — Palliative, welche dem Entwurf völlig fremd sind.

Es steht also, vom Oesterreichischen Recht abgesehen, welches übrigens die Minderheit in gleicher Weise schützt, wie das Preußische Recht (Bürgerl. Gesetzb. §. 834. 835), ein völlig neuer Rechtssatz in Frage, und, unserer Ueberzeugung nach, ein schädlicher. Wo die ganze öconomische Existenz jedes Einzelnen auf dem Spiele steht, muß wohl auch Jeder berechtigt sein, Maaßregeln, welche, seiner Ueberzeugung nach, nur Schaden und Gefahr bringen können, seine Zustimmung zu versagen*). Gegen Chicane sind die übrigen Gesellschafter durch das in solchen Fällen stets zulässige Aufkündigungsrecht hinlänglich geschützt. „Daß ein Handelsbetrieb kaum möglich sein würde, wenn die Vornahme eines jeden Geschäfts an dem willkührlichen Widerspruch eines Einzelnen scheitern könnte" (Motive S. 58. 59), wird durch die Erfahrung hinlänglich widerlegt, und jedenfalls erscheint es vortheilhafter, daß Maaßregeln von mindestens zweifelhaftem Nutzen unterbleiben, als die Minorität schutzlos der

---

sonen. Vgl. auch §. 21 eod. Die Preußische Rechtslitteratur enthält über die Frage nichts. Vollkommen bestätigt wird diese Auslegung auch durch die Vorarbeiten des Allg. Landrechts. Vgl. Gedruckter Entwurf Th. II Abth. 3 tit. 14 §. 122—127. 7. 10—18.

*) So auch der Würtemb. Entw. art. 198. und Motive, und der Entw. des Reichshandelsgesetzbuchs art. 32 und Motive. Vgl. auch Bluntschli II S. 94. 95. Friedr. Noback Systematisches Lehrbuch der Handelswissenschaft §. 180.

Ausbeutung der Majorität preiszugeben, und, da die bloße Ueberstimmung keinen genügenden Rücktrittsgrund gewähren würde, die widerstrebenden Elemente, zum gegenseitigen Schaden, durch Zwang zusammenzuhalten. Ganz ungegründet ist die Präsumtion, „daß alle Theilnehmer, indem sie sich zu einem gemeinsamen Handelsbetriebe vereinigten, sich in Beziehung auf denselben stillschweigend den Beschlüssen der Majorität haben unterwerfen wollen" — die entgegengesetzte liegt sehr viel näher. Denn der hinzugefügte Grund: „da es nicht denkbar ist, daß sie den Zweck gewollt hätten, nicht aber das Mittel, ohne welches jener Zweck unerreichbar ist" (Motive S. 59), beruht auf der eben widerlegten Voraussetzung, daß der Vortheil der Gesellschaft nur auf diesem Wege realisirbar sei.

Selbst die Verpflichtung, in Betreff der Streitfrage sich richterlicher oder schiedsrichterlicher Entscheidung zu unterwerfen*), dürfte zu weit gehen. Dagegen steht nichts im Wege für bloße Erhaltungs- und Schutzmaaßregeln den Mehrheitsbeschluß oder gar schon den Willen jedes Einzelnen genügen zu lassen**). —

5. Ueber die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust, deren Berechnung, Ermittelung und Vertheilung enthalten die art. 109—112 des Entwurfs Vorschriften, welche theils ihrem Inhalt nach theils wörtlich mit den von Brinckmann (Handelsrecht §. 39. X. §. 40—43) aufgestellten Regeln übereinstimmen.

An einer Uebereinkunft der Contrahenten wird es gerade für diesen Punkt selten fehlen. Für diese hat das Gesetz keine Schranken zu setzen, wenngleich unter Umständen, namentlich im Falle der s. g. Löwengesellschaft (art. 111. alin. 1), der Vertrag in eine Schenkung übergehen wird, und nach deren Regeln zu beurtheilen ist. Auch die Verabredung widerstrebt dem Wesen des Societätsverhältnisses nicht: „es solle ein Gesellschafter vom Verlust überhaupt nicht betroffen werden" (art. 111 alin. 2), nur darf die Freiheit vom Verluste nicht soweit gehen, daß für das eingeschlossene Capital (A.L.R. I. 17. §. 247. Oester. Gesetzb. art. 1196) oder die geleisteten

*) Bluntschli II S. 94.

**) Argum. l. 5 D. com. divid. l. 52 §. 10 D. pro socio A.L.R. I. 17. §. 19. 20. Code civil 1859 no. 3. Treitschke S. 39. 41. Zu weit geht Brinckmann Handelsrecht S. 147. 148.

Sogar schon gegen das mildere System des Reichshandelsgesetzentwurfs ist Brinckmann's*) Einwurf völlig begründet, daß es die Unredlichkeit und den Wankelmuth begünstige, die Sicherheit des Vertragsrechts im höchsten Grade gefährde. Es ist keine glückliche Abweisung (Motive S. 51): „Der Gesellschafter dürfe sich nicht über Härte beklagen, wenn er von den gesetzlichen Folgen seiner Nachlässigkeit betroffen werde." Dem Gesetzgeber steht dieser formelle Standpunkt wenig an: er soll die Verwirklichung des materiellen Rechts erstreben, und sich von unnützen Härten fern halten.

Daß das gewünschte Resultat sich nicht in *gleichem* Maaße durch mildere Normen erzielen lasse, ist durchaus unerwiesen — *völlig* wird dasselbe niemals zu erlangen sein.

Den Deutschen Gesetzen ist diese Härte gänzlich fremd. Das *Preußische* Recht begnügt sich, der nicht gehörig publicirten Gesellschaft als solcher die Rechte einer Handelssocietät gegen Dritte, somit namentlich das Vertretungsrecht jedes Gesellschafters ohne ausdrückliche Vollmacht, zu versagen. Die inneren Verhältnisse bleiben völlig unberührt**).

Das *Oesterreichische*, *Sächsische*, *Hamburgische* und *Frankfurter* Recht***) ahnden die unterlassene Registrirung mit einer bloßen Geldstrafe. Die *Ungarischen* Gesetzartikel (XVIII §. 4) knüpfen daran nur mangelnde Beweiskraft der Handelsbücher. Das *Holländische* (art. 29) und *Portugisische* Handelsgesetzbuch (art. 597—602) begnügen sich, ohne eigentliche Strafandrohung, mit der Einschärfung der selbstverständlichen Folgen der Unterlassung.

Von den wenigen Gesetzbüchern, welche sich dem System des Code de commerce anschließen, hat nur das *Brasilianische* (art. 300 ff.), dessen wörtlichen Inhalt adoptirt, während das Spa-

---

*) Archiv f. civil. Praxis Bd. 34. S. 164 und dessen Lehrbuch des Handelsrechts S. 132. S. 201 Not. 7.

**) A.L.R. II 8 §. 625. Vgl. auch Dr. M. W. a. a. O. S. [illegible]. Weiter gehen auch diejenigen Schriftsteller nicht, welche, wie Beseler und Bluntschli, für das gemeine Recht eine Zwangspflicht zur Publication behaupten.

***) Oester. Wechselordn. von 1/10 1763 art. 8. Oesterreich. Entw. art. 11. 20. 80. Sächs. W. von 28/7 46. Hamburg. W. von 28/12 35. Frankfurter Wechselordn. §. 5 und Senatsschl. von 19/10 1741.

nische (art. 22 ff., 284 ff.) an die Stelle der Nichtigkeit Unklagbarkeit setzt und durch eine Geldstrafe verschärft.

Der art. 42 des Code de commerce endlich, welchen der Entwurf mit voller Ziehung aller seiner Consequenzen adoptirt, ist gegen den Wunsch des französischen Handelsstandes, welcher eine Geldstrafe für genügend hielt, in das Gesetzbuch aufgenommen*), wird von der überwiegenden Mehrzahl der französischen Schriftsteller als durchaus zweckwidrig und den obersten Rechtsprinzipien zuwider verurtheilt**), und ungeachtet seiner Unzweideutigkeit von der Praxis so viel als möglich umgangen. Es wird angenommen, daß die Registrirung auch nach Ablauf der gesetzlichen Frist, wenn nur vor Anstellung der Nichtigkeitsklage, wirksam erfolgen könne***); daß die Nichtigkeit erst mit Anstellung der Nichtigkeitsklage für die Zukunft eintrete, in Betreff aller früheren Vorgänge dagegen die Bestimmungen des Societätsvertrages maaßgebend seien †); daß nur solche Privatgläubiger, deren Forderungen vor Errichtung der Gesellschaft entstanden seien, die Nichtigkeit des Vertrages geltend machen dürften ††). Ja es wird von Vielen behauptet, daß die Ausführung des Vertrages dessen Nichtigkeit vollständig heile †††).

So hat sich der zweckwidrigen Gesetzesvorschrift gegenüber das Verkehrsbedürfniß Bahn gebrochen, soweit es dazu im Stande war.

Dieser milderen Praxis schließen sich auch der Würtemb. Entw. art. 189, der Reichshandelsgesetzentw. art. 11. 15 und das Sardin. Handelsgesetzbuch art. 52 an ††††).

---

*) Frémery études p. 44—61. Troplong no. 223. 224. 240.

**) Frémery a. a. O. Troplong a. a. O. Namentlich Malpeyre et Jourdain traité des sociétés comm. p. 111—116. 273—282.

***) Pardessus no. 1008. Malpeyre et Jourdain a. a. O. Alauzet Commentaire no. 223. 224.

†) Pardessus no. 1007. 1008. Malpeyre et Jourdain a. a. O. Troplong no. 246—250. Les Codes annotés ad Code de com. art. 42 no. 17 ff. Alauzet no. 281. 282.

††) Les Codes annotés a. a. O. no. 7 ff. Pardessus no. 1010. Alauzet no. 228.

†††) Les Codes annotés a. a. O. no. 12—14.

††††) Bei der Berathung des Sardinischen Gesetzbuchs schlug die Handelskammer von Turin vor, das Preußische System, als sachgemäßer, zu adoptiren! (Risposte della regia commissione di legislazione alle observazione — sul progetto di Codice di comercio p. 64).

Mit wie großem Recht auch die Verfasser des Entwurfs diese Halbheiten und Inconsequenzen rügen (Motive S. 52), so hätte doch gerade deren Unvermeidlichkeit die Unhaltbarkeit des adoptirten Systems zur Genüge darthun sollen. Das Prinzip selbst ist durchaus fehlerhaft, dessen starre Durchführung aber unerträglich. Die consequente Verfolgung eines Abweges ist kein Verdienst — es muß der richtige Weg eingeschlagen werden. Auf diesem befinden sich die bestehenden Deutschen Gesetzgebungen. Das Deutsche Gesetzbuch kann den Bedürfnissen des Verkehrs nur dadurch entsprechen, und die Gewähr der Dauer in sich tragen, falls es das Preußische System adoptirt, allenfalls unter Cumulation einer Geldstrafe, deren Höhe nach den Umständen variiren mag. —

Zweiter Abschnitt. Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter zur Gesellschaft.

Das Handelsgesetzbuch hat die Aufgabe, auch in Betreff der wichtigsten, unmittelbar praktischen Sätze des Obligationenrechts eine Ausgleichung zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten Deutschlands herbeizuführen. Aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich die detaillirte Behandlung der inneren Societätsverhältnisse, obwohl dieselben im Wesentlichen nur den civilrechtlichen Prinzipien unterliegen.

Diese Prinzipien sind fast durchgehends mit großer Klarheit entwickelt, und es zeigt von rühmlichster Unbefangenheit der Verfasser, daß sie viele, in der That entbehrliche oder gar nachtheilige Modificationen des Preußischen Rechts geopfert haben*). So läßt sich gegen den Inhalt, und meistentheils auch gegen die Fassung der art. 96. 97. art. 98 alin. 2. 3. art. 99 alin. 1. 100—102. 104. 108. 111 nichts erinnern. Auch dem alin. 1 des art. 98:

> „für die Verluste, welche er (ein Gesellschafter) unmittelbar durch seine Geschäftsführung, oder aus Gefahren, die von

---

*) Z. B. die Verpflichtung der Gesellschafter, im Nothfall das Betriebscapital durch Leistung neuer Beiträge zu vergrößern: A.L.R. I 17 §. 191. 192 (Entw. art. 97); die Berechtigung des von Einem Gesellschafter einseitig aufgenommenen Mitglieds, von den übrigen Gesellschaftern Mittheilung der jährlichen Bilanz zu beanspruchen: A.L.R. II 8 §. 638 (Entw. art. 102) u. a. m.

derselben unzertrennlich sind, erleidet, ist ihm die Gesellschaft verhaftet"

ist durchaus beizutreten, ungeachtet der von der Berliner Sachverständigenkommission dagegen erhobenen Einwürfe (Protok. S. 28). Die bestehende Preußische Gesetzgebung (A.L.R. I 17. §. 227) hat mit Unrecht den begründeten Unterschied übersehen, welchen schon das Römische Recht zwischen der Haftung des Machtgebers gegen den Bevollmächtigten und der Gesellschafter unter einander in diesem Falle statuirt (l. 52 §. 4. l. 60. §. 1. l. 61 D. pro socio vgl. mit l. 26 §. 6 D. mandati). —

Wir vermissen jedoch an dieser Stelle eine Vorschrift über die Realisirung dieser Verbindlichkeiten innerhalb der Societät selbst. Soweit der vorhandene Societätsfond genügt, hat selbstverständlich die Befriedigung aus diesem zu geschehen (l. 65. §. 14 D. pro socio) — in welcher Weise soll aber der Ueberschuß der gegenseitigen Forderungen getilgt werden? Mit dem Ausdruck „die Gesellschaft ist verhaftet" (Code civil art. 1852) wird nichts entschieden; eine solidarische Haftung der Gesellschafter unter einander ist weder nach bestehendem Recht begründet, noch vom Entwurf bezweckt (art. 91 alin. 2), und wäre verwerflich, weil die gegenseitigen Regreßansprüche zu neuen Ausgleichungen führen müßten. Zweckmäßig wird, wie schon im Römischen Recht, das Prinzip generalisirt, welches die Regreßansprüche bei voller Zahlung einer Societätsschuld regelt: nämlich Haftung der Gesellschafter nach Verhältniß ihrer Verlustantheile, mit subsidiärer Haftung der zahlungsfähigen Associés für die ausfallenden Beiträge der insolventen*). Völlig verschieden sind freilich die Ansprüche zu beurtheilen, welche einem Gesellschafter aus seinen Verträgen mit der Gesellschaft zustehen. Hier ist er wie jeder dritte Gläubiger zu behandeln (Thöl §. 38 Not. 12). —

In folgenden wichtigen Punkten weicht indessen der Entwurf vom bestehenden Rechte ab:

1. Nach art. 99 hat ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegen-

*) L. 63 §. 5. L. 67 pr. D pro socio (17, 2). Vgl. A.L.R. I 5. §. 443—447. Code civil art. 1214. 1852. Brinckmann Handelsrecht §. 39 Not. 40. §. 52 Not. 9. 19 ff. Vgl. jedoch §. 39 Not. 32? Troplong no. 611. 612. Alauzet no. 144.

heiten den Fleiß und die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden. Nach gemeinem und bestehendem Preußischen Recht (A.L.R. I. 17. §. 211—214*) gilt bekanntlich für Societätsverhältnisse ausnahmsweise der relative Maaßstab: es genügt die in eigenen Angelegenheiten beobachtete Diligenz. Dieser, von den Römischen Juristen aus der innersten Natur der Gesellschaftsverhältnisse geschöpfte Satz darf nicht ohne Noth beseitigt werden. Der offene Gesellschafter hat in den Betrieb der Societätsgeschäfte seine ganze Persönlichkeit einzusetzen, — darum haben ihn aber auch seine Genossen so zu nehmen, wie er ist, sie dürfen von ihm kein Hinausgehen über seine Natur verlangen, sie haben es sich beizumessen, wenn er ihren Anforderungen nicht entspricht. Grobe Nachlässigkeiten, die auch ein beschränkter Kopf und ein Mensch gewöhnlichen Schlages schwerlich begeht, sind darum nicht entschuldigt**). Daß dieser Maaßstab ein schwankender sei (Motive S. 55), läßt sich freilich nicht bestreiten — allein sicherlich nicht schwankender als der absolute, und überdies liegt hierin keine Gefahr, weil dem beklagten Gesellschafter der Beweis obliegt, daß er in seinen eigenen Angelegenheiten nur die gleiche Sorgfalt zu beobachten pflege. Unbegründet aber ist es, den Gesellschafter als einen Sachverständigen anzusehen, welcher um deswillen das höchste Maaß von Aufmerksamkeit anzuwenden habe (Motive a. a. O.) — gerade darin, daß es sich nicht um die Ausrichtung einzelner Geschäfte im Auftrage Anderer, sondern um gemeinschaftliches Wirken, wenngleich möglicherweise in verschiedenem Grade, für einen gemeinsamen Zweck handelt, liegt das unterscheidende Merkmal des Societätsvertrages.

2. Nach art. 103 alin. 1 ist der geschäftsführende Gesellschafter befugt, ungeachtet des Widerspruches der übrigen Gesellschafter, alle Handlungen vorzunehmen, welche der Betrieb des Handelsgewerbs der Gesellschaft mit sich bringt.

Die Quelle dieser Vorschrift, der Code civil art. 1856, enthält

*) Vgl. auch die Deutschen Partikularrechte bei Brinckmann Handelsrecht §. 35 Not. 13. In der französischen Jurisprudenz herrscht hier viel Unklarheit wegen der noch immer nicht aufgegebenen dreigradigen culpa. Uebrigens herrscht darüber Einverständniß, daß den Gesellschafter nicht das höchste Maaß zulässiger Verantwortlichkeit treffe. Vgl. namentlich Malpeyre et Jourdain p. 72. 73. Troplong no. 566 ff. Alauzet no. 90. 91.

**) Hasse Die Culpa §. 69. Treitschke Gewerbegesellschaft §. 21.

den wichtigen Zusatz „vorausgesetzt, daß er ohne Arglist handelt" (pourvu que ce soit sans fraude). Das französische Recht gestattet somit, wie das gemeine, jedem nicht geschäftsführenden Mitglied einen wirksamen Einspruch gegen jede Handlung des Garanten, welche nur die Benachtheiligung der Gesellschaft zum Zweck haben könnte*). Diese Schranke gegen die Macht der Geschäftsführer erscheint in der That durchaus erforderlich, da die Gesellschafter Dritten gegenüber ihre Verantwortlichkeit niemals ablehnen dürfen. Der Beschluß der Gesellschafter und eventuell des Gerichts mag entscheiden. Leidet die Handlung keinen Aufschub, so wird der Garant, im Bewußtsein seiner Redlichkeit, auf seine Gefahr handeln.

3. Art. 103 alin. 3 gestattet den Widerruf einer durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäftsführung, jedoch nur aus rechtmäßigen Ursachen. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Vertrag über die Geschäftsführung nichts bestimmt, somit jeder Gesellschafter ipso jure als Geschäftsführer erscheint.

4. Die art. 105—107. art. 103. alin. 2. art. 104. alin. 2 stellen die Fälle fest, welche der Berathung und Beschlußnahme sämmtlicher Gesellschafter bedürfen, und die Regeln, welche die Bildung der Gesellschaftsbeschlüsse betreffen.

Sämmtliche Gesellschafter haben zu beschließen:

a) Ueber Maaßregeln, welche dem Zweck der Gesellschaft fremd sind, oder den Inhalt des Gesellschaftsvertrages in irgend einem Punkte abändern. Hier ist selbstverständlich Einstimmigkeit erforderlich (art. 106. alin. 2).

b) Ueber Maaßregeln, welche über den Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen (art. 106. alin. 1): also außergewöhnliche, welche nicht zu den laufenden Geschäften gehören.

c) Die Bestellung oder Abberufung von Faktoren. Sofern jedoch Mitglieder von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, soll die Beschlußnahme sämmtlicher geschäftsführenden Gesellschafter genügen (art. 107). In Betreff der Bestellung der Faktoren (Die-

*) Alauzet no. 140. Reichshandelsgesetzentw. art. 33. Portug. art. 615. Andere Sicherungsmaaßregeln schlägt das Span. Gesetzb. art. 307 vor, und der Würtemb. Entw. art. 199. Troplong No. 674. 675 geht soweit, gegen alle Handlungen, welche der Gesellschaft Nachtheil bringen könnten, einen Einspruch zu gestatten.

ponenten, Procuristen) ist hier offenbar den Geschäftsführern eine zu große, die übrigen Gesellschafter gefährdende Macht eingeräumt. Für einen so wichtigen Akt erscheint ein Gesellschaftsbeschluß erforderlich.

d) Im Falle von Differenzen über beabsichtigte Maaßregeln zwischen den Geschäftsführern, oder, falls solche nicht ernannt sind, unter den Gesellschaftsmitgliedern überhaupt: also wenn im ersten Falle auch nur ein einziger Geschäftsführer, im zweiten auch nur ein einziges Mitglied widerspricht (art. 103. alin. 2. art. 104. alin. 2). Zweckmäßig wäre, nach der obigen Ausführung, hinzuzufügen: falls irgend ein Mitglied einer beabsichtigten unredlichen Handlung eines Geschäftsführers widerspricht. —

In den Fällen b bis d sollen Stimmeneinheit nicht erforderlich sein, sondern Stimmenmehrheit und zwar nach Köpfen genügen (art. 105).

Soll ein Majoritätsbeschluß hinreichen, so kann vernünftigerweise nur die absolute Personenmehrheit den Ausschlag geben — die Berechnung der Stimmen nach den Antheilen am Gesellschaftsgut, wie das Oesterreichische Gesetzbuch sie vorschreibt (art. 1188. 833), ist sicherlich unzweckmäßig*).

Es fragt sich jedoch, ob das Prinzip der Majoritätsentscheidung als das gesetzliche, subsidiäre, aufgestellt werden darf. Unbedingt scheint dasselbe nur im Brasilianischen Handelsgesetzbuch (art. 331) adoptirt, während das Portug. Gesetzbuch (art. 641) und die Ungar. Gesetzartikel (XVIII. §. 10) für die wichtigsten Angelegenheiten Einstimmigkeit fordern, das Span. Handelsrecht (art. 304. 305) durchaus an der gemeinrechtlichen Regel festhält. — Die Mehrzahl der französischen Schriftsteller behauptet zwar, daß die Minorität gebunden sei, aber mit unzureichenden inneren Gründen, und entgegen der unzweideutigen**) Vorschrift des Code civil 1859 no. 1. Die Wendung Troplong's (no. 717—720), daß zwar der Widerspruch jedes einzelnen Gesellschafters geachtet werden müsse, aber nur insoweit, als nun die schließliche Entscheidung in der Hand der Majorität läge, ist wenig glücklich, da sie

*) Dr. M. W. a. a. O. S. 79—82. Brinckmann Handelsrecht S. 147 Not. 9.

**) Wörtlich aus Pothier traité du contrat de société no. 90, der gewiß nicht vom Röm. Recht hat abweichen wollen, entnommen.

ganz willkührlich aus dem absoluten Veto der Gesellschafter ein suspensives macht. Die äußeren Autoritäten für diesen Rechtssatz sind Aussprüche der Römischen Juristen, welche die Mehrheitsbeschlüsse von Corporationen betreffen! (no. 720. 721.) Für die Wahl neuer Geschäftsführer erachtet auch Troplong Einstimmigkeit erforderlich; wogegen zur Absetzung aus gegründeten Ursachen mit Recht schon das Verlangen eines Einzigen für genügend erachtet wird (No. 676. 677. 679). Ob im Falle der Stimmengleichheit der Beschluß unterbleibt, oder richterliche Entscheidung eintrete, ist bestritten *). So finden wir hier nur Willkühr, Inconsequenz und Zweifel.

Selbst das bestehende Preußische Recht steht dem System des Entwurfs keineswegs zur Seite. Die art. 206. 207. tit. 17. Th. I. A.L.R. machen den gemeinschaftlichen Betrieb der Societätsgeschäfte zum Recht und zur Pflicht eines jeden Mitglieds. Daß hierunter auch die Berathung, nicht allein die Ausführung der Gesellschaftsangelegenheiten begriffen ist, geht aus dem sogleich folgenden §. 208 hervor, welcher die „Zuziehung solcher Mitglieder, die nur zum Geldbeitrage, nicht aber zum Betrieb der Geschäfte sich verbunden haben, nur alsdann“ für erforderlich erklärt, „wenn Handlungen unternommen werden sollen, die den Grundsätzen des Societätsvertrages nicht gemäß sind **)“. Es müssen also in der Regel die Gesellschaftsbeschlüsse einstimmig gefaßt werden. Der §. 209, auf welchen allein die entgegenstehende Annahme sich stützt, bestimmt nur, daß in solchen Fällen, wo entweder nach dem Gesellschaftsvertrage oder nach Gesetzesvorschrift die Stimmenmehrheit genügt, die Stimmenzählung im Zweifel nicht nach Antheilen, sondern nach Personen zu geschehen habe ***). Das Gesetz gestattet solchen

---

*) Für das erste Troplong no. 723 und Andere, für das zweite namentlich Pardessus no. 980.

**) Koch in seinem Commentar zu dieser Stelle (Allgem. Landrecht mit Commentar Bd. II) bemerkt ganz richtig: „Auch alsdann werden dergleichen Mitglieder nicht zu den zu unternehmenden Handlungen zugezogen, sondern nur zur Berathung und Beschlußnahme.“

***) A.L.R. I 17 §. 209: Ist im Gesellschaftsvertrage nicht bestimmt, wie bei dem Betriebe der gemeinschaftlichen Angelegenheiten, in Fällen, wo die Stimmenmehrheit entscheiden muß, die Stimmen gezählt werden sollen: so geschieht dies nicht nach dem Verhältniß der Beiträge, sondern nach den Per-

Zwang gegen die Minderheit nur in dem einen Falle, wo eine Vermehrung der vertragsmäßigen Einlage bezweckt wird (§. 191) — die Regel ist also hauptsächlich auf eine derartige, sehr häufige, Stipulation des Societätsvertrages berechnet. Ja wollte man, wider die Absicht des Gesetzgebers (A.L.R. I. 17. §. 9), die wenig passenden Prinzipien der communio incidens (A.L.R. I. 17. §. 10—24) auch auf Societätsverträge anwenden, so würde doch selbst bei „Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache, die Art ihrer Verwaltung oder Benutzung" (den Hauptfällen, wo Stimmenmehrheit genügt) die überstimmte Minderheit durch das freie Rücktrittsrecht, oder durch die nothwendige richterliche Entscheidung, oder endlich durch Caution der Majorität, und zwar mit Suspension der fraglichen Maaßregel bis zur vollendeten Auseinandersetzung ꝛc., vor wirklichen Uebergriffen derselben geschützt sein — Palliative, welche dem Entwurf völlig fremd sind.

Es steht also, vom Oesterreichischen Recht abgesehen, welches übrigens die Minderheit in gleicher Weise schützt, wie das Preußische Recht (Bürgerl. Gesetzb. §. 834. 835), ein völlig neuer Rechtssatz in Frage, und, unserer Ueberzeugung nach, ein schädlicher. Wo die ganze öconomische Existenz jedes Einzelnen auf dem Spiele steht, muß wohl auch Jeder berechtigt sein, Maaßregeln, welche, seiner Ueberzeugung nach, nur Schaden und Gefahr bringen können, seine Zustimmung zu versagen *). Gegen Chicane sind die übrigen Gesellschafter durch das in solchen Fällen stets zulässige Aufkündigungsrecht hinlänglich geschützt. „Daß ein Handelsbetrieb kaum möglich sein würde, wenn die Vornahme eines jeden Geschäfts an dem willkührlichen Widerspruch eines Einzelnen scheitern könnte" (Motive S. 58. 59), wird durch die Erfahrung hinlänglich widerlegt, und jedenfalls erscheint es vortheilhafter, daß Maaßregeln von mindestens zweifelhaftem Nutzen unterbleiben, als die Minorität schutzlos der

---

sonen. Vgl. auch §. 21 eod. Die Preußische Rechtslitteratur enthält über die Frage nichts. Vollkommen bestätigt wird diese Auslegung auch durch die Vorarbeiten des Allg. Landrechts. Vgl. Gedruckter Entwurf Th. II Abth. 3 tit. 14 §. 122—127. 7. 10—18.

*) So auch der Würtemb. Entw. art. 198. und Motive, und der Entw. des Reichshandelsgesetzbuchs art. 32 und Motive. Vgl. auch Bluntschli II S. 94. 95. Friedr. Noback Systematisches Lehrbuch der Handelswissenschaft §. 180.

Ausbeutung der Majorität preiszugeben, und, da die bloße Ueberstimmung keinen genügenden Rücktrittsgrund gewähren würde, die widerstrebenden Elemente, zum gegenseitigen Schaden, durch Zwang zusammenzuhalten. Ganz ungegründet ist die Präsumtion, „daß alle Theilnehmer, indem sie sich zu einem gemeinsamen Handelsbetriebe vereinigten, sich in Beziehung auf denselben stillschweigend den Beschlüssen der Majorität haben unterwerfen wollen" — die entgegengesetzte liegt sehr viel näher. Denn der hinzugefügte Grund: „da es nicht denkbar ist, daß sie den Zweck gewollt hätten, nicht aber das Mittel, ohne welches jener Zweck unerreichbar ist" (Motive S. 59), beruht auf der eben widerlegten Voraussetzung, daß der Vortheil der Gesellschaft nur auf diesem Wege realisirbar sei.

Selbst die Verpflichtung, in Betreff der Streitfrage sich richterlicher oder schiedsrichterlicher Entscheidung zu unterwerfen*), dürfte zu weit gehen. Dagegen steht nichts im Wege für bloße Erhaltungs- und Schutzmaaßregeln den Mehrheitsbeschluß oder gar schon den Willen jedes Einzelnen genügen zu lassen**). —

5. Ueber die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust, deren Berechnung, Ermittelung und Vertheilung enthalten die art. 109—112 des Entwurfs Vorschriften, welche theils ihrem Inhalt nach theils wörtlich mit den von Brinckmann (Handelsrecht §. 39. X. §. 40—43) aufgestellten Regeln übereinstimmen.

An einer Uebereinkunft der Contrahenten wird es gerade für diesen Punkt selten fehlen. Für diese hat das Gesetz keine Schranken zu setzen, wenngleich unter Umständen, namentlich im Falle der s. g. Löwengesellschaft (art. 111. alin. 1), der Vertrag in eine Schenkung übergehen wird, und nach deren Regeln zu beurtheilen ist. Auch die Verabredung widerstrebt dem Wesen des Societätsverhältnisses nicht: „es solle ein Gesellschafter vom Verlust überhaupt nicht betroffen werden" (art. 111 alin. 2), nur darf die Freiheit vom Verluste nicht soweit gehen, daß für das eingeschlossene Capital (A.L.R. I. 17. §. 247. Oester. Gesetzb. art. 1196) oder die geleisteten

---

*) Bluntschli II S. 94.

**) Argum. l. 5 D. com. divid. l. 52 §. 10 D. pro socio A.L.R. I. 17. §. 19. 20. Code civil 1859 no. 3. Treitschke S. 39. 41. Zu weit geht Brinckmann Handelsrecht S. 147. 148.

Dienste (A.L.R. I. 17. §. 257. Dr. M. W. No. 71) unter allen Umständen eine unveränderliche, feste Vergütung gewährt werde. Alsdann lägen nicht mehr Gesellschaftsvertrag, sondern zinsbares Darlehn oder Dienstmiethe vor, gleichviel ob dem Gläubiger gegenüber eine Haftung begründet ist oder nicht*). Diese Ausnahme wäre daher beizufügen.

In dem sinnreichen, aber complicirten System, welches der Entwurf für den Fall mangelnder Verabredung aufstellt (art. 109. 110. 112), sind folgende Punkte zu scheiden:

a) Die jährliche Gewinn- und Verlustberechnung nach Aufnahme einer gehörigen Inventur und Bilanz (art. 109).

Sie entspricht dem heutigen Gewohnheitsrecht**), und ist unbedingt festzuhalten.

b) Gewinn und Verlust sind im Zweifel nach Kopftheilen, nicht nach Verhältniß der Beiträge zum Societätsfond zu bestimmen (art. 110).

Damit ist die wahre und gewiß allein haltbare Regel des Römischen Rechts***) gegenüber den sehr verschiedenartigen und vielfach gekünstelten Bestimmungen Deutscher Stadtrechte und neuerer Gesetzbücher wiederhergestellt. Ein allen Eventualitäten genügendes System ist schwer zu ermitteln, namentlich wenn Geldeinlagen und Arbeit, theils mit einander, theils zusammen aber in verschiedenem Umfang bei den einzelnen Gesellschaftern, concurriren. Der Versuch, das richtige Werthverhältniß zwischen den Wirkungen der Capital- und der Arbeitsleistungen in jedem einzelnen Falle ausfindig zu machen, ist eben so schwierig als er in der Regel resultatlos bleiben wird. Dem wahren Verhältniß wird darum das gesetzliche Präjudiz der Ungleichheit meistens ebenso wenig entsprechen, als das gesetzliche Präjudiz der Gleichheit — aber beide werden gleichmäßig die Wirkung haben, die Contrahenten zu entsprechenden Vertragsbestimmungen zu veranlassen. Muß also praktisch durchgegriffen werden,

---

*) Vgl. meine Abhandlung De societate en commandite. Halle 1851. S. 68. 69.

**) Die Zeugnisse dafür in meiner Abhandlung S. 61.

***) Auch für dieses wird jetzt wieder die blos geometrische Gleichheit behauptet von Brinz Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1857. S. 472. 473, aber mit unzureichenden inneren Gründen, und mit gezwungener Gesetzesauslegung.

so liegt sicherlich die Vermuthung sehr viel näher, daß die Gesellschafter ihre gegenseitigen Leistungen für gleiche, als daß sie dieselben für ungleiche erachtet haben*), zumal, nach heutigem Recht, wo ein Jeder, für den schlimmsten Fall, stets bereit sein muß mit seinem ganzen Vermögen und seiner Person einzustehen, und der durch diese solidarische Haftung sämmtlicher Gesellschafter für jeden Einzelnen erwachsende Zuwachs an Credit nicht außer Ansatz bleiben darf.

Bedenklicher möchte es sein, auch den blos arbeitenden Gesellschafter an dem vollen Verlust participiren zu lassen. Eine erschöpfende Behandlung dieser schwierigen Frage würde hier zu weit führen. Treitschke's (S. 123. 124) Hauptargument gegen die Antheilnahme des Arbeiters an einem das Grundcapital übersteigenden Verluste ist blendend, aber unzureichend, weil es auf der unrichtigen Prämisse beruht, daß die Arbeitsleistung Einer Bilanzperiode oder auch der ganzen Societätszeit dem Werth der eingeschossenen Capitalien gleichkomme oder gleichgeachtet werde, während doch die Gleichstellung sich vernünftigerweise nur auf das Maaß der Mitwirkung bei Erzeugung neuer Capitalien, bei der Gewinnproduction, beziehen kann.

c) Von den Einlagecapitalien, oder den Antheilen der Gesellschafter am Societätsfond zur Zeit der letzten Bilanz werden unter allen Umständen gesetzliche Zinsen berechnet, und den gedachten Antheilen zugeschrieben, von dem ermittelten Gewinn aber abgerechnet, dem ermittelten Verlust zugerechnet (art. 110).

Darin liegt eine exorbitante Begünstigung der Capital beitragenden Associés, indem dieselben, im Fall einer günstigen Bilanz, die Verzinsung ihrer Capitalien vor den nur arbeitenden Genossen voraus haben; im Falle einer ungünstigen Bilanz von dem Verlust nur alsdann und in dem Maaße betroffen werden, wenn und soweit derselbe den Betrag der ihnen gebührenden Zinsen übersteigt. Ihr Voraus besteht also mindestens in einer Zinsenassekuranz, welche von den blos arbeitenden Gesellschaftern ihnen zu leisten ist.

Gesetzt, daß A, B und C ein Banquiergeschäft betreiben, zu welchem A 20,000 Thlr., B 40,000 Thlr., C nur seine Arbeit beiträgt, so würden bei einem Gewinne von 10,000 Thlr. zunächst

*) Vgl. v. Vangerow Pandekten III. §. 655. Anmerk. a. G.

Zinsen à 5% von 20,000 Thlr. an A, und von 40,000 Thlr. an B gutzuschreiben, der Rest von 7000 Thlr. aber an A, B und C gleichmäßig zu vertheilen sein. Ergäbe die Bilanz weder Gewinn noch Verlust, so würden gleichwohl A mit 1000, B mit 2000 Thlr. Zinsen zu creditiren sein, also ein Verlust, von 3000 Thlr. repartirt werden müssen, welchen A, B und C zu gleichen Theilen zu tragen hätten. Das Conto des A würde sich also ausgleichen, B würde 1000 Thlr. zu gut behalten, C mit 1000 Thlr. debitirt werden müssen. Ergäbe die Bilanz 3000 Thlr. Verlust, so würden auf das Debetconto des A 1000 Thlr., auf das Debetconto des C 2000 Thlr. kommen, und das Conto des B sich ausgleichen.

Diese Grundsätze mögen zur Anwendung kommen, wenn eine Verzinsung der Einlagecapitalien ausdrücklich für alle Fälle bedungen ist. Ist nur Verzinsung ohne nähere Bestimmung verabredet, so dürften nur alsdann Zinsen zu berechnen sein, wenn dieselben durch wirklichen Gewinn gedeckt werden.

Selbst das Preußische Recht, welches gesetzliche Zinsenvergütung der Einlagen, resp. der zur Zeit des letzten Abschlusses vorhandenen Capitalantheile eintreten läßt, gestattet ein Zinsenvoraus nur im Falle wirklichen Gewinns; ja es ist sogar fraglich, ob der Zinsenbetrag schlechthin von dem ermittelten Gewinn vorweg abgerechnet wird, oder nur einen gesonderten Theil desselben bildet*). Der praktische Unterschied würde überall da hervortreten, wo der Gewinn den Zinsenbetrag übersteigt. In unserem obigen Beispiele würden nach der letzten Annahme die 10,000 Thlr. Gewinn unter die 3 Associés zu gleichen Beträgen vertheilt werden, somit in den Gewinnraten des A und B von je 3333⅓ Thlr. zugleich die Zinsenvergütung von 1000 und 2000 Thlr. für dieselben stecken**). Die gesetzliche Zinsenvergütung würde sich demnach reduciren auf eine Garantie wenigstens der Zinsen für die capitalhabenden Gesellschafter, im Falle der gemachte

---

*) A.L.R. II. 8. §. 653—656. Für die letztere Ansicht spricht namentlich die Berechtigung zur Zinsenerhebung im Laufe des Rechnungsjahres in Gestalt einer Anticipation des erwarteten Gewinnes. Vgl. auch Gelpke II. S. 55. 56.

**) Nach dem bestehenden Preußischen System (A.L.R. I. 17. §. 251. 253) erhielten B die Hälfte, A und C je ein Viertel des Gewinns. In den Gewinnantheilen von A und B mit 2500 und 5000 Thlr. würde also für diese die Zinsvergütung stecken.

Gewinn nicht zugleich für die Zinsen und für die Gewinnantheile der blos arbeitenden Associés ausreicht. Beträgt der Jahresgewinn nur 3000 Thlr., so würde nach diesem Prinzip derselbe unter dem Namen von Zinsen ganz an A und B fallen, C dagegen völlig leer ausgehen. Beträgt derselbe 4000 Thlr., so würde C statt $1333\frac{1}{3}$ Thlr. nur 1000 Thlr. erhalten, somit einen Ausfall von $333\frac{1}{3}$ Thlr. erleiden*).

So erscheint selbst das geltende Preußische Recht unter allen Umständen sehr viel milder als das vom Entwurf adoptirte Brinckmann'sche System, und wäre beizubehalten, falls überhaupt eine gesetzliche Verzinsungspflicht beliebt werden sollte. Dagegen verstehen wir den Vorwurf nicht, welchen Brinckmann den Redaktoren des Preußischen Rechts macht, daß sie die ihnen zu Gebote gestellten Materialien nicht zu benutzen verstanden hätten, daß sie die Gesellschafter die Zinsen aus ihrem eigenen Vermögen beziehen ließen u. s. w. Denn abgesehen von seiner größeren Milde unterscheidet sich das bestehende Preußische System**) von dem Brinckmann'schen nur dadurch, daß nach ersterem die Zinsen bezogen, nach letzterem gutgeschrieben werden — eine Differenz, welche bei dem folgenden Punkte berücksichtigt werden soll, an dem Prinzip indessen gar nichts ändert. Es ist durchaus ungegründet, wenn Brinckmann und nach ihm die Motive des Entwurfs (S. 61) vermeinen, daß nach ihrem System die Zinsenberechnung lediglich zur Feststellung der Gewinn- und Verlust-Antheile angewendet werde — die Zinsen figuriren vielmehr überdies als Credit- und Debetposten, ganz gleich den wirklichen Gewinn- und Verlustantheilen.

Indessen erscheint jedwede gesetzliche Zinsenverpflichtung durchaus unzuläßig. Indem das Gesetz das Prinzip der Gewinn- und

---

*) Nach dem bestehenden Preußischen System (A.L.R. I. 17. §. 255—257) würde bei einem Gewinn von 3000 Thlr. C gleichfalls leer ausgehen, bei einem Gewinn von 4000 Thlr. dagegen seinen Gewinnantheil von 1000 Thlr. ganz empfangen.

**) Das Beispiel, welches Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 34. S. 164 Not. 2 anführt, trifft nicht zu: dort war die Berechnung allerdings eine falsche, weil der Gesammtzinsenbetrag selbstverständlich nach den Regeln von der Tragung des Verlusts repartirt werden muß. Damit stimmt indessen auch das Preußische Recht überein, soweit es die gesetzliche Verzinsungspflicht anerkennt.

Verlustheilung nach Köpfen annimmt, stellt es die Fiktion auf, daß von den Gesellschaftern eine abweichende Regelung nur um deswillen unterlassen sei, weil sie ihre Leistungen dem Effekt nach als gleich werthvoll erachtet hätten. Diese wohlthätige Fiktion darf nicht auf einem Umwege beseitigt, es darf nicht in die Gleichheit eine neue Ungleichheit hineingebracht, nicht die arbeitende Intelligenz gegen das arbeitende Capital künstlich zurückgesetzt werden durch empfindliche Verkürzung des Gewinnantheils und Vorausbelastung mit einem schweren Verlustantheil.

Brinckmann behauptet freilich für sein System ein gemeines Gewohnheitsrecht! Eine categorische Versicherung beweist dasselbe nicht, kein einziges Zeugniß ist dafür beigebracht. Mag auch thatsächlich an einzelnen Handelsplätzen ein solches Uebergewicht des Capitals über die Intelligenz begründet sein, so läßt doch die Nichtexistenz*) dieses unwahrscheinlichen Rechtssatzes sich mit Sicherheit darthun.

Die wichtigen Abweichungen sogar des Preußischen Rechts von dem adoptirten System sind schon oben dargelegt. Weder im Oesterreichischen**), noch im Französischen, noch in irgend einem neueren Gesetzbuch findet sich eine Spur der behaupteten Rechtsregel. Französische Juristen halten sogar die Verabredung einer Vorwegnahme von Zinsen auf den künftigen Gewinn für bedenklich, und bemühen sich, deren Zulässigkeit darzulegen***). Die Lehrer der Handelswissenschaft endlich, bei denen vor Allem eine Bestätigung des angeblichen Gewohnheitsrechts gesucht werden dürfte, beschränken die Verzinsung auf den Fall ausdrücklicher Verabredung. Der mit Bewilligung der übrigen Gesellschafter stehen gebliebene Gewinn wird allerdings verzinst (Portug. Gesetzb. art. 661), indessen nicht weil er Capital, sondern weil er

---

*) Dagegen auch Würtemb. Entw. Motive S. 183. Treitschke S. 103. Holzschuher Theorie und Casuistik II. 2. S. 817. Beseler III. S. 295. Nur Bender S. 314 folgt ganz dem Preußischen Recht, und Walter S. 332 durchaus Brinckmann.

**) Fischer Lehrbuch des Oesterr. Handelsrechts §. 107.

***) Pardessus no. 999. Malpeyre et Jourdain p. 85. 90. 91. Troplong no. 642.

Schuld der Gesellschaft ist: er wird nicht dem Capitalconto des Gesellschafters, sondern seinem Privatconto creditirt*).

d) Der durch Abzug der Zinsen ermittelte Gesammtbetrag des Gewinnes, oder der durch Hinzurechnung der Zinsen ermittelte Gesammtbetrag des Verlustes wird den Einlagen der Gesellschafter (zu gleichen Theilen) zu= oder abgeschrieben; falls Einlagen fehlen, als solche oder als Schuld gebucht; und für die Zukunft wie die Einlagen verzinst. Eine Auszahlung des Gewinnes dagegen, oder eine Einzahlung der festgestellten Verlustantheile findet während der Dauer der Gesellschaft niemals statt. Nur solche Gesellschafter, welche dem Geschäftsbetrieb ihre Thätigkeit widmen, sind berechtigt, in Ermangelung eigenen Vermögens die erforderlichen Unterhaltskosten aus der Gesellschaftskasse zu beziehen, mit der Verpflichtung, den entnommenen Betrag der Gesellschaft als Schuld zu verzinsen (art. 112. 109. alin. 1. 110).

Mit diesen Bestimmungen gedachten die Verfasser sich dem Handelsbrauch anzuschließen (Motive S. 61), gerade umgekehrt setzen sie hierin sich sowohl mit dem geltenden Recht, als mit den Ansichten und Bedürfnissen der Handelswelt in den schroffsten Widerspruch.

Man stützt dieses System auf zwei Gründe:

Erstens. Der Geschäftsbetrieb der Societät sei als ein untheilbares Ganzes aufzufassen, jede gänzliche oder theilweise Aufhebung der Gemeinschaft während deren Dauer ausgeschlossen**).

Bei den Römern mag es üblich gewesen sein, erst nach Beendigung der Gesellschaft Gewinn und Verlust zur Berechnung und zur Theilung zu bringen — die dürftigen und sehr allgemeinen Quellenaussprüche geben uns darüber nur geringen Aufschluß, und von der Organisation der Römischen Handelsgesellschaft insbesondere ist, bei dem jetzigen Standpunkt der Forschung, gar wenig bekannt. Allein eben so sicher ist es auch, daß unter den gegnerischerseits an-

*) Friedrich Noback Lehrb. d. Handelswissenschaft S. 337. Bleibtreu Mercantilpraxis. Karlsruhe 1847. S. 179. 180. Guillaumin Dictionaire du commerce. Paris 1841. II. p. 2051. 2052.

**) Treitschke Gewerbegesellschaft S. 126 ff. Brinckmann S. 162. Motive S. 62.

geführten Aussprüchen Römischer Juristen*) kein einziger unsere Frage direct berührt. Die beiläufig aufgestellten allgemeinen Rechtssätze: der Geschäftsbetrieb einer Societät könne nicht gleichzeitig Gewinn und Verlust ergeben, sondern nur entweder Gewinn oder Verlust; Gewinn und Verlust seien nicht nach den Resultaten jedes einzelnen Geschäfts zu bemessen, sondern nach der zusammengehörigen Totalität, welche den Geschäftscomplex bilde — diese Dogmen bleiben gleich wahr, wenn die Bilanz und deren Realisirung in bestimmten Zeitabschnitten erfolgen, als wenn die Liquidation der Gesellschaft zu diesem Behufe abgewartet werden muß. Ist es auch möglich, daß bei ungleichen Gewinn- und Verlustraten die periodische Vertheilung ein anderes Resultat ergiebt, als die Schlußbilanz gewähren würde, so liegt in dieser Verschiedenheit der Resultate doch nichts was dem Wesen der Societät widerstrebte. Der entscheidende Gesichtspunkt ist allein der, ob die Contrahenten den Geschäftsbetrieb in seiner ganzen Dauer als ein untrennbares Ganzes angesehen wissen wollten — wie es vielleicht bei den Römern üblich war —, oder ob sie an gewisse Zeitabschnitte während desselben nicht allein die formelle Regulirung ihrer Vermögensverhältnisse, sondern auch materielle Wirkungen zu knüpfen gedachten. Hierin aber schließt sich der Entwurf durchaus dem heutigen Gewohnheitsrecht**) an, da er jährliche Inventarisation und Bilanzziehung mit der Wirkung vorschreibt, daß die im letzten Geschäftsjahr erwachsenen Gewinn- und Verlustantheile nicht blos constatirt, sondern auch den einzelnen Gesellschaftern creditirt und debitirt werden sollen (art. 109). Damit ist an die Stelle der einheitlichen Societätsdauer die Einheit jeder Geschäftsperiode gesetzt, und als Consequenz***) dieser Einheit die periodische Gewinnvertheilung begründet.

---

*) L. 27. 30. 38 D pro socio §. 2 J. de societ. (3, 25).

**) Vgl. Meine Abhandlung S. 61—64. Brinckmann S. 158.

***) Das erkennen auch die Civilisten an: Stryck Usus modernus lib. XVII. tit. 2. §. 5. Unterholzner Die Lehre von den Schuldverhältnissen II. S. 384. 390. Seuffert Prakt. Pandektenr. 3. Aufl. §. 350 Not. 8. Thibaut Pandekten 8. Aufl. §. 542 will nur „im Zweifel" die Gewinnvertheilung auf das Ende der Societätsdauer gesetzt wissen, und beruft sich auf Stryck, welcher für Handelsgesellschaften die jährliche Gewinnvertheilung als üblich anerkennt. Auch Treitschke S. 108. 126 erkennt an, daß die periodische Bilanzziehung von selbst die periodische Gewinnvertheilung nach sich ziehe.

Zweitens. Dieser unabweisbaren Consequenz wird mit folgendem Argument entgegengetreten:

„Es sei die Absicht der Contrahenten, nicht allein mit den Einlagen Geschäfte zu machen, sondern auch mit dem erzielten Gewinn, behufs Vergrößerung und Erleichterung des Betriebs" (Brinckmann S. 162 Not. 7. Motive S. 61. 62).

Allein diese Präsumtion erscheint zu willkührlich, um einer ernsten Widerlegung zu bedürfen. Jeder Gesellschafter bringt ein gewisses Maaß von Capital oder auch von Arbeit ein. Darauf beschränkt sich seine Verpflichtung. So wenig er zu einer Vergrößerung seines Beitrags aus eigenem Vermögen angehalten werden kann, so wenig darf diese Vergrößerung ihm wider seinen Willen auf einem Umwege aufgezwungen werden. Läßt sich der bezweckte Umfang des Geschäftsbetriebs mit den zusammengeschossenen Mitteln nicht erreichen, so muß die Gesellschaft sich auflösen, und ein jeder Socius mag sich selbst zuschreiben, daß bei Eingehung des Vertrags nicht eine allmählige Vergrößerung des Grundvermögens durch Capitalisirung des Gewinns oder auf andere Weise ausbedungen ist. Genügen die vorhandenen Mittel, so erscheint es als schreiendste Ungerechtigkeit, einem Gesellschafter wider seinen Willen die Früchte seines Capitals oder seiner Arbeit zu entziehen, um dieselben zu einem mit vergrößerten Gefahren verknüpften umfangreicheren Geschäftsbetrieb zu verwenden. Nicht einmal durch Rücktritt vom Vertrage könnte er sich dieser Belastung entziehen, sofern durch Verabredung einer gewissen Societätsdauer jede willkührliche Auflösung ausgeschlossen ist (Motive S. 62).

Als Surrogat des ausgeschlossenen Gewinnbezugs dient das Recht, die erforderlichen Unterhaltskosten aus dem Gesellschaftsvermögen zu beziehen — ja nicht einmal allgemein, wie Brinckmann will (S. 153. 154), sondern nur in Ermangelung anderweitigen Vermögens.

Ob man die ganze Tragweite dieser Vorschriften übersehen hat? An die Stelle der gleichmäßigen Gewinnvertheilung an sämmtliche Gesellschafter tritt ein Almosen für den armen Genossen, zu welchem er nur durch jederzeitige Aufdeckung seiner Vermögensverhältnisse gelangen kann! Aus der particulären Erwerbsgemeinschaft muß sich schließlich eine universelle Gütergemeinschaft bilden, da das Privatvermögen zum Privatgebrauch

Zwang gegen die Minderheit nur in dem einen Falle, wo eine Vermehrung der vertragsmäßigen Einlage bezweckt wird (§. 191) — die Regel ist also hauptsächlich auf eine derartige, sehr häufige, Stipulation des Societätsvertrages berechnet. Ja wollte man, wider die Absicht des Gesetzgebers (A.L.R. I. 17. §. 9), die wenig passenden Prinzipien der communio incidens (A.L.R. I. 17. §. 10—24) auch auf Societätsverträge anwenden, so würde doch selbst bei „Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache, die Art ihrer Verwaltung oder Benutzung" (den Hauptfällen, wo Stimmenmehrheit genügt) die überstimmte Minderheit durch das freie Rücktrittsrecht, oder durch die nothwendige richterliche Entscheidung, oder endlich durch Caution der Majorität, und zwar mit Suspension der fraglichen Maaßregel bis zur vollendeten Auseinandersetzung 2c., vor wirklichen Uebergriffen derselben geschützt sein — Palliative, welche dem Entwurf völlig fremd sind.

Es steht also, vom Oesterreichischen Recht abgesehen, welches übrigens die Minderheit in gleicher Weise schützt, wie das Preußische Recht (Bürgerl. Gesetzb. §. 834. 835), ein völlig neuer Rechtssatz in Frage, und, unserer Ueberzeugung nach, ein schädlicher. Wo die ganze ökonomische Existenz jedes Einzelnen auf dem Spiele steht, muß wohl auch Jeder berechtigt sein, Maaßregeln, welche, seiner Ueberzeugung nach, nur Schaden und Gefahr bringen können, seine Zustimmung zu versagen*). Gegen Chicane sind die übrigen Gesellschafter durch das in solchen Fällen stets zulässige Aufkündigungsrecht hinlänglich geschützt. „Daß ein Handelsbetrieb kaum möglich sein würde, wenn die Vornahme eines jeden Geschäfts an dem willkührlichen Widerspruch eines Einzelnen scheitern könnte" (Motive S. 58. 59), wird durch die Erfahrung hinlänglich widerlegt, und jedenfalls erscheint es vortheilhafter, daß Maaßregeln von mindestens zweifelhaftem Nutzen unterbleiben, als die Minorität schutzlos der

---

sonen. Vgl. auch §. 21 eod. Die Preußische Rechtslitteratur enthält über die Frage nichts. Vollkommen bestätigt wird diese Auslegung auch durch die Vorarbeiten des Allg. Landrechts. Vgl. Gedruckter Entwurf Th. II Abth. 3 tit. 14 §. 122—127. 7. 10—18.

*) So auch der Würtemb. Entw. art. 198. und Motive, und der Entw. des Reichshandelsgesetzbuchs art. 32 und Motive. Vgl. auch Bluntschli II S. 94. 95. Friedr. Noback Systematisches Lehrbuch der Handelswissenschaft §. 180.

Ausbeutung der Majorität preiszugeben, und, da die bloße Ueberstimmung keinen genügenden Rücktrittsgrund gewähren würde, die widerstrebenden Elemente, zum gegenseitigen Schaden, durch Zwang zusammenzuhalten. Ganz ungegründet ist die Präsumtion, „daß alle Theilnehmer, indem sie sich zu einem gemeinsamen Handelsbetriebe vereinigten, sich in Beziehung auf denselben stillschweigend den Beschlüssen der Majorität haben unterwerfen wollen" — die entgegengesetzte liegt sehr viel näher. Denn der hinzugefügte Grund: „da es nicht denkbar ist, daß sie den Zweck gewollt hätten, nicht aber das Mittel, ohne welches jener Zweck unerreichbar ist" (Motive S. 59), beruht auf der eben widerlegten Voraussetzung, daß der Vortheil der Gesellschaft nur auf diesem Wege realisirbar sei.

Selbst die Verpflichtung, in Betreff der Streitfrage sich richterlicher oder schiedsrichterlicher Entscheidung zu unterwerfen*), dürfte zu weit gehen. Dagegen steht nichts im Wege für bloße Erhaltungs- und Schutzmaaßregeln den Mehrheitsbeschluß oder gar schon den Willen jedes Einzelnen genügen zu lassen**). —

5. Ueber die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust, deren Berechnung, Ermittelung und Vertheilung enthalten die art. 109—112 des Entwurfs Vorschriften, welche theils ihrem Inhalt nach theils wörtlich mit den von Brinckmann (Handelsrecht §. 39. X. §. 40—43) aufgestellten Regeln übereinstimmen.

An einer Uebereinkunft der Contrahenten wird es gerade für diesen Punkt selten fehlen. Für diese hat das Gesetz keine Schranken zu setzen, wenngleich unter Umständen, namentlich im Falle der s. g. Löwengesellschaft (art. 111. alin. 1), der Vertrag in eine Schenkung übergehen wird, und nach deren Regeln zu beurtheilen ist. Auch die Verabredung widerstrebt dem Wesen des Societätsverhältnisses nicht: „es solle ein Gesellschafter vom Verlust überhaupt nicht betroffen werden" (art. 111 alin. 2), nur darf die Freiheit vom Verluste nicht soweit gehen, daß für das eingeschlossene Capital (A.L.R. I. 17. §. 247. Oester. Gesetzb. art. 1196) oder die geleisteten

---

*) Bluntschli II S. 94.

**) Argum. l. 5 D. com. divid. l. 52 §. 10 D. pro socio A.L.R. I. 17. §. 19. 20. Code civil 1859 no. 3. Treitschke S. 39. 41. Zu weit geht Brinckmann Handelsrecht S. 147. 148.

Dienste (A.L.R. I. 17. §. 257. Dr. M. W. No. 71) unter allen Umständen eine unveränderliche, feste Vergütung gewährt werde. Alsdann lägen nicht mehr Gesellschaftsvertrag, sondern zinsbares Darlehn oder Dienstmiethe vor, gleichviel ob dem Gläubiger gegenüber eine Haftung begründet ist oder nicht*). Diese Ausnahme wäre daher beizufügen.

In dem sinnreichen, aber complicirten System, welches der Entwurf für den Fall mangelnder Verabredung aufstellt (art. 109. 110. 112), sind folgende Punkte zu scheiden:

a) Die jährliche Gewinn- und Verlustberechnung nach Aufnahme einer gehörigen Inventur und Bilanz (art. 109).

Sie entspricht dem heutigen Gewohnheitsrecht**), und ist unbedingt festzuhalten.

b) Gewinn und Verlust sind im Zweifel nach Kopftheilen, nicht nach Verhältniß der Beiträge zum Societätsfond zu bestimmen (art. 110).

Damit ist die wahre und gewiß allein haltbare Regel des Römischen Rechts***) gegenüber den sehr verschiedenartigen und vielfach gekünstelten Bestimmungen Deutscher Stadtrechte und neuerer Gesetzbücher wiederhergestellt. Ein allen Eventualitäten genügendes System ist schwer zu ermitteln, namentlich wenn Geldeinlagen und Arbeit, theils mit einander, theils zusammen aber in verschiedenem Umfang bei den einzelnen Gesellschaftern, concurriren. Der Versuch, das richtige Werthverhältniß zwischen den Wirkungen der Capital- und der Arbeitsleistungen in jedem einzelnen Falle ausfindig zu machen, ist eben so schwierig als er in der Regel resultatlos bleiben wird. Dem wahren Verhältniß wird darum das gesetzliche Präjudiz der Ungleichheit meistens ebenso wenig entsprechen, als das gesetzliche Präjudiz der Gleichheit — aber beide werden gleichmäßig die Wirkung haben, die Contrahenten zu entsprechenden Vertragsbestimmungen zu veranlassen. Muß also praktisch durchgegriffen werden,

---

*) Vgl. meine Abhandlung De societate en commandite. Halle 1851. S. 68. 69.

**) Die Zeugnisse dafür in meiner Abhandlung S. 61.

***) Auch für dieses wird jetzt wieder die blos geometrische Gleichheit behauptet von Brinz Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1857. S. 472. 473, aber mit unzureichenden inneren Gründen, und mit gezwungener Gesetzesauslegung.

so liegt sicherlich die Vermuthung sehr viel näher, daß die Gesellschafter ihre gegenseitigen Leistungen für gleiche, als daß sie dieselben für ungleiche erachtet haben*), zumal, nach heutigem Recht, wo ein Jeder, für den schlimmsten Fall, stets bereit sein muß mit seinem ganzen Vermögen und seiner Person einzustehen, und der durch diese solidarische Haftung sämmtlicher Gesellschafter für jeden Einzelnen erwachsende Zuwachs an Credit nicht außer Ansatz bleiben darf.

Bedenklicher möchte es sein, auch den blos arbeitenden Gesellschafter an dem vollen Verlust participiren zu lassen. Eine erschöpfende Behandlung dieser schwierigen Frage würde hier zu weit führen. Treitschke's (S. 123. 124) Hauptargument gegen die Antheilnahme des Arbeiters an einem das Grundcapital übersteigenden Verluste ist blendend, aber unzureichend, weil es auf der unrichtigen Prämisse beruht, daß die Arbeitsleistung Einer Bilanzperiode oder auch der ganzen Societätszeit dem Werth der eingeschossenen Capitalien gleichkomme oder gleichgeachtet werde, während doch die Gleichstellung sich vernünftigerweise nur auf das Maaß der Mitwirkung bei Erzeugung neuer Capitalien, bei der Gewinnproduction, beziehen kann.

c) Von den Einlagecapitalien, oder den Antheilen der Gesellschafter am Societätsfond zur Zeit der letzten Bilanz werden unter allen Umständen gesetzliche Zinsen berechnet, und den gedachten Antheilen zugeschrieben, von dem ermittelten Gewinn aber abgerechnet, dem ermittelten Verlust zugerechnet (art. 110).

Darin liegt eine exorbitante Begünstigung der Capital beitragenden Associés, indem dieselben, im Fall einer günstigen Bilanz, die Verzinsung ihrer Capitalien vor den nur arbeitenden Genossen voraus haben; im Falle einer ungünstigen Bilanz von dem Verlust nur alsdann und in dem Maaße betroffen werden, wenn und soweit derselbe den Betrag der ihnen gebührenden Zinsen übersteigt. Ihr Voraus besteht also mindestens in einer Zinsenassekuranz, welche von den blos arbeitenden Gesellschaftern ihnen zu leisten ist.

Gesetzt, daß A, B und C ein Banquiergeschäft betreiben, zu welchem A 20,000 Thlr., B 40,000 Thlr., C nur seine Arbeit beiträgt, so würden bei einem Gewinne von 10,000 Thlr. zunächst

*) Vgl. v. Vangerow Pandekten III. §. 655. Anmerk. a. G.

Zinsen à 5% von 20,000 Thlr. an A, und von 40,000 Thlr. an B gutzuschreiben, der Rest von 7000 Thlr. aber an A, B und C gleichmäßig zu vertheilen sein. Ergäbe die Bilanz weder Gewinn noch Verlust, so würden gleichwohl A mit 1000, B mit 2000 Thlr. Zinsen zu creditiren sein, also ein Verlust, von 3000 Thlr. repartirt werden müssen, welchen A, B und C zu gleichen Theilen zu tragen hätten. Das Conto des A würde sich also ausgleichen, B würde 1000 Thlr. zu gut behalten, C mit 1000 Thlr. debitirt werden müssen. Ergäbe die Bilanz 3000 Thlr. Verlust, so würden auf das Debetconto des A 1000 Thlr., auf das Debetconto des C 2000 Thlr. kommen, und das Conto des B sich ausgleichen.

Diese Grundsätze mögen zur Anwendung kommen, wenn eine Verzinsung der Einlagecapitalien ausdrücklich für alle Fälle bedungen ist. Ist nur Verzinsung ohne nähere Bestimmung verabredet, so dürften nur alsdann Zinsen zu berechnen sein, wenn dieselben durch wirklichen Gewinn gedeckt werden.

Selbst das Preußische Recht, welches gesetzliche Zinsenvergütung der Einlagen, resp. der zur Zeit des letzten Abschlusses vorhandenen Capitalantheile eintreten läßt, gestattet ein Zinsenvoraus nur im Falle wirklichen Gewinns; ja es ist sogar fraglich, ob der Zinsenbetrag schlechthin von dem ermittelten Gewinn vorweg abgerechnet wird, oder nur einen gesonderten Theil desselben bildet*). Der praktische Unterschied würde überall da hervortreten, wo der Gewinn den Zinsenbetrag übersteigt. In unserem obigen Beispiele würden nach der letzten Annahme die 10,000 Thlr. Gewinn unter die 3 Associés zu gleichen Beträgen vertheilt werden, somit in den Gewinnraten des A und B von je 3333⅓ Thlr. zugleich die Zinsenvergütung von 1000 und 2000 Thlr. für dieselben stecken**). Die gesetzliche Zinsenvergütung würde sich demnach reduciren auf eine Garantie wenigstens der Zinsen für die capitalhabenden Gesellschafter, im Falle der gemachte

*) A.L.R. II. 8. §. 653—656. Für die letztere Ansicht spricht namentlich die Berechtigung zur Zinsenerhebung im Laufe des Rechnungsjahres in Gestalt einer Anticipation des erwarteten Gewinnes. Vgl. auch Gelpke II. S. 55. 56.

**) Nach dem bestehenden Preußischen System (A.L.R. I. 17. §. 251. 253) erhielten B die Hälfte, A und C je ein Viertel des Gewinns. In den Gewinnantheilen von A und B mit 2500 und 5000 Thlr. würde also für diese die Zinsvergütung stecken.

Gewinn nicht zugleich für die Zinsen und für die Gewinnantheile der blos arbeitenden Associés ausreicht. Beträgt der Jahresgewinn nur 3000 Thlr., so würde nach diesem Prinzip derselbe unter dem Namen von Zinsen ganz an A und B fallen, C dagegen völlig leer ausgehen. Beträgt derselbe 4000 Thlr., so würde C statt $1333^1/_3$ Thlr. nur 1000 Thlr. erhalten, somit einen Ausfall von $333^1/_3$ Thlr. erleiden*).

So erscheint selbst das geltende Preußische Recht unter allen Umständen sehr viel milder als das vom Entwurf adoptirte Brinckmann'sche System, und wäre beizubehalten, falls überhaupt eine gesetzliche Verzinsungspflicht beliebt werden sollte. Dagegen verstehen wir den Vorwurf nicht, welchen Brinckmann den Redaktoren des Preußischen Rechts macht, daß sie die ihnen zu Gebote gestellten Materialien nicht zu benutzen verstanden hätten, daß sie die Gesellschafter die Zinsen aus ihrem eigenen Vermögen beziehen ließen u. s. w. Denn abgesehen von seiner größeren Milde unterscheidet sich das bestehende Preußische System**) von dem Brinckmann'schen nur dadurch, daß nach ersterem die Zinsen bezogen, nach letzterem gutgeschrieben werden — eine Differenz, welche bei dem folgenden Punkte berücksichtigt werden soll, an dem Prinzip indessen gar nichts ändert. Es ist durchaus ungegründet, wenn Brinckmann und nach ihm die Motive des Entwurfs (S. 61) vermeinen, daß nach ihrem System die Zinsenberechnung lediglich zur Feststellung der Gewinn- und Verlust-Antheile angewendet werde — die Zinsen figuriren vielmehr überdies als Credit- und Debetposten, ganz gleich den wirklichen Gewinn- und Verlustantheilen.

Indessen erscheint jedwede gesetzliche Zinsenverpflichtung durchaus unzuläßig. Indem das Gesetz das Prinzip der Gewinn- und

---

*) Nach dem bestehenden Preußischen System (A.L.R. I. 17. §. 255—257) würde bei einem Gewinn von 3000 Thlr. C gleichfalls leer ausgehen, bei einem Gewinn von 4000 Thlr. dagegen seinen Gewinnantheil von 1000 Thlr. ganz empfangen.

**) Das Beispiel, welches Brinckmann im Archiv f. civil. Praxis Bd. 34. S. 164 Not. 2 anführt, trifft nicht zu: dort war die Berechnung allerdings eine falsche, weil der Gesammtzinsenbetrag selbstverständlich nach den Regeln von der Tragung des Verlusts repartirt werden muß. Damit stimmt indessen auch das Preußische Recht überein, soweit es die gesetzliche Verzinsungspflicht anerkennt.

Verlusttheilung nach Köpfen annimmt, stellt es die Fiktion auf, daß von den Gesellschaftern eine abweichende Regelung nur um deswillen unterlassen sei, weil sie ihre Leistungen dem Effekt nach als gleich werthvoll erachtet hätten. Diese wohlthätige Fiktion darf nicht auf einem Umwege beseitigt, es darf nicht in die Gleichheit eine neue Ungleichheit hineingebracht, nicht die arbeitende Intelligenz gegen das arbeitende Capital künstlich zurückgesetzt werden durch empfindliche Verkürzung des Gewinnantheils und Vorausbelastung mit einem schweren Verlustantheil.

Brinckmann behauptet freilich für sein System ein gemeines Gewohnheitsrecht! Eine categorische Versicherung beweist dasselbe nicht, kein einziges Zeugniß ist dafür beigebracht. Mag auch thatsächlich an einzelnen Handelsplätzen ein solches Uebergewicht des Capitals über die Intelligenz begründet sein, so läßt doch die Nichtexistenz*) dieses unwahrscheinlichen Rechtssatzes sich mit Sicherheit darthun.

Die wichtigen Abweichungen sogar des Preußischen Rechts von dem adoptirten System sind schon oben dargelegt. Weder im Oesterreichischen**), noch im Französischen, noch in irgend einem neueren Gesetzbuch findet sich eine Spur der behaupteten Rechtsregel. Französische Juristen halten sogar die Verabredung einer Vorwegnahme von Zinsen auf den künftigen Gewinn für bedenklich, und bemühen sich, deren Zulässigkeit darzulegen***). Die Lehrer der Handelswissenschaft endlich, bei denen vor Allem eine Bestätigung des angeblichen Gewohnheitsrechts gesucht werden dürfte, beschränken die Verzinsung auf den Fall ausdrücklicher Verabredung. Der mit Bewilligung der übrigen Gesellschafter stehen gebliebene Gewinn wird allerdings verzinst (Portug. Gesetzb. art. 661), indessen nicht weil er Capital, sondern weil er

*) Dagegen auch Würtemb. Entw. Motive S. 183. Treitschke S. 103. Holzschuher Theorie und Casuistik II. 2. S. 817. Beseler III. S. 295. Nur Bender S. 314 folgt ganz dem Preußischen Recht, und Walter S. 332 durchaus Brinckmann.

**) Fischer Lehrbuch des Oesterr. Handelsrechts §. 107.

***) Pardessus no. 999. Malpeyre et Jourdain p. 85. 90. 91. Troplong no. 642.

Schuld der Gesellschaft ist: er wird nicht dem Capitalconto des Gesellschafters, sondern seinem Privatconto creditirt*).

d) Der durch Abzug der Zinsen ermittelte Gesammtbetrag des Gewinnes, oder der durch Hinzurechnung der Zinsen ermittelte Gesammtbetrag des Verlustes wird den Einlagen der Gesellschafter (zu gleichen Theilen) zu- oder abgeschrieben; falls Einlagen fehlen, als solche oder als Schuld gebucht; und für die Zukunft wie die Einlagen verzinst. Eine Auszahlung des Gewinnes dagegen, oder eine Einzahlung der festgestellten Verlustantheile findet während der Dauer der Gesellschaft niemals statt. Nur solche Gesellschafter, welche dem Geschäftsbetrieb ihre Thätigkeit widmen, sind berechtigt, in Ermangelung eigenen Vermögens die erforderlichen Unterhaltskosten aus der Gesellschaftskasse zu beziehen, mit der Verpflichtung, den entnommenen Betrag der Gesellschaft als Schuld zu verzinsen (art. 112. 109. alin. 1. 110).

Mit diesen Bestimmungen gedachten die Verfasser sich dem Handelsbrauch anzuschließen (Motive S. 61), gerade umgekehrt setzen sie hierin sich sowohl mit dem geltenden Recht, als mit den Ansichten und Bedürfnissen der Handelswelt in den schroffsten Widerspruch.

Man stützt dieses System auf zwei Gründe:

Erstens. Der Geschäftsbetrieb der Societät sei als ein untheilbares Ganzes aufzufassen, jede gänzliche oder theilweise Aufhebung der Gemeinschaft während deren Dauer ausgeschlossen**).

Bei den Römern mag es üblich gewesen sein, erst nach Beendigung der Gesellschaft Gewinn und Verlust zur Berechnung und zur Theilung zu bringen — die dürftigen und sehr allgemeinen Quellenaussprüche geben uns darüber nur geringen Aufschluß, und von der Organisation der Römischen Handelsgesellschaft insbesondere ist, bei dem jetzigen Standpunkt der Forschung, gar wenig bekannt. Allein eben so sicher ist es auch, daß unter den gegnerischerseits an-

*) Friedrich Noback Lehrb. d. Handelswissenschaft S. 337. Bleibtreu Mercantilpraxis. Karlsruhe 1847. S. 179. 180. Guillaumin Dictionaire du commerce. Paris 1841. II. p. 2051. 2052.

**) Treitschke Gewerbegesellschaft S. 126 ff. Brinckmann S. 162. Motive S. 62.

geführten Aussprüchen Römischer Juristen*) kein einziger unsere Frage direct berührt. Die beiläufig aufgestellten allgemeinen Rechtssätze: der Geschäftsbetrieb einer Societät könne nicht gleichzeitig Gewinn und Verlust ergeben, sondern nur entweder Gewinn oder Verlust; Gewinn und Verlust seien nicht nach den Resultaten jedes einzelnen Geschäfts zu bemessen, sondern nach der zusammengehörigen Totalität, welche den Geschäftscomplex bilde — diese Dogmen bleiben gleich wahr, wenn die Bilanz und deren Realisirung in bestimmten Zeitabschnitten erfolgen, als wenn die Liquidation der Gesellschaft zu diesem Behufe abgewartet werden muß. Ist es auch möglich, daß bei ungleichen Gewinn- und Verlustraten die periodische Vertheilung ein anderes Resultat ergiebt, als die Schlußbilanz gewähren würde, so liegt in dieser Verschiedenheit der Resultate doch nichts was dem Wesen der Societät widerstrebte. Der entscheidende Gesichtspunkt ist allein der, ob die Contrahenten den Geschäftsbetrieb in seiner ganzen Dauer als ein untrennbares Ganzes angesehen wissen wollten — wie es vielleicht bei den Römern üblich war —, oder ob sie an gewisse Zeitabschnitte während desselben nicht allein die formelle Regulirung ihrer Vermögensverhältnisse, sondern auch materielle Wirkungen zu knüpfen gedachten. Hierin aber schließt sich der Entwurf durchaus dem heutigen Gewohnheitsrecht**) an, da er jährliche Inventarisation und Bilanzziehung mit der Wirkung vorschreibt, daß die im letzten Geschäftsjahr erwachsenen Gewinn- und Verlustantheile nicht blos constatirt, sondern auch den einzelnen Gesellschaftern creditirt und debitirt werden sollen (art. 109). Damit ist an die Stelle der einheitlichen Societätsdauer die Einheit jeder Geschäftsperiode gesetzt, und als Consequenz***) dieser Einheit die periodische Gewinnvertheilung begründet.

*) L. 27. 30. 38 D pro socio §. 2 J. de societ. (3, 25).

**) Vgl. Meine Abhandlung S. 61—64. Brinckmann S. 158.

***) Das erkennen auch die Civilisten an: Stryck Usus modernus lib. XVII. tit. 2. §. 5. Unterholzner Die Lehre von den Schuldverhältnissen II. S. 384. 390. Seuffert Prakt. Pandektenr. 3. Aufl. §. 350 Not. 8. Thibaut Pandekten 8. Aufl. §. 542 will nur „im Zweifel" die Gewinnvertheilung auf das Ende der Societätsdauer gesetzt wissen, und beruft sich auf Stryck, welcher für Handelsgesellschaften die jährliche Gewinnvertheilung als üblich anerkennt. Auch Treitschke S. 108. 126 erkennt an, daß die periodische Bilanzziehung von selbst die periodische Gewinnvertheilung nach sich ziehe.

Zweitens. Dieser unabweisbaren Consequenz wird mit folgendem Argument entgegengetreten:

„Es sei die Absicht der Contrahenten, nicht allein mit den Einlagen Geschäfte zu machen, sondern auch mit dem erzielten Gewinn, behufs Vergrößerung und Erleichterung des Betriebs" (Brinckmann S. 162 Not. 7. Motive S. 61. 62).

Allein diese Präsumtion erscheint zu willkührlich, um einer ernsten Widerlegung zu bedürfen. Jeder Gesellschafter bringt ein gewisses Maaß von Capital oder auch von Arbeit ein. Darauf beschränkt sich seine Verpflichtung. So wenig er zu einer Vergrößerung seines Beitrags aus eigenem Vermögen angehalten werden kann, so wenig darf diese Vergrößerung ihm wider seinen Willen auf einem Umwege aufgezwungen werden. Läßt sich der bezweckte Umfang des Geschäftsbetriebs mit den zusammengeschossenen Mitteln nicht erreichen, so muß die Gesellschaft sich auflösen, und ein jeder Socius mag sich selbst zuschreiben, daß bei Eingehung des Vertrags nicht eine allmählige Vergrößerung des Grundvermögens durch Capitalisirung des Gewinns oder auf andere Weise ausbedungen ist. Genügen die vorhandenen Mittel, so erscheint es als schreiendste Ungerechtigkeit, einem Gesellschafter wider seinen Willen die Früchte seines Capitals oder seiner Arbeit zu entziehen, um dieselben zu einem mit vergrößerten Gefahren verknüpften umfangreicheren Geschäftsbetrieb zu verwenden. Nicht einmal durch Rücktritt vom Vertrage könnte er sich dieser Belastung entziehen, sofern durch Verabredung einer gewissen Societätsdauer jede willkührliche Auflösung ausgeschlossen ist (Motive S. 62).

Als Surrogat des ausgeschlossenen Gewinnbezugs dient das Recht, die erforderlichen Unterhaltskosten aus dem Gesellschaftsvermögen zu beziehen — ja nicht einmal allgemein, wie Brinckmann will (S. 153. 154), sondern nur in Ermangelung anderweitigen Vermögens.

Ob man die ganze Tragweite dieser Vorschriften übersehen hat? An die Stelle der gleichmäßigen Gewinnvertheilung an sämmtliche Gesellschafter tritt ein Almosen für den armen Genossen, zu welchem er nur durch jederzeitige Aufdeckung seiner Vermögensverhältnisse gelangen kann! Aus der particulären Erwerbsgemeinschaft muß sich schließlich eine universelle Gütergemeinschaft bilden, da das Privatvermögen zum Privatgebrauch

zu verwenden ist, und häufig durch diesen absorbirt werden wird. An Stelle der periodischen Gewinnvertheilung, welche das Gesellschaftscapital nicht antastet, soll regellose Verminderung desselben erlaubt sein! Während der Gewinn nach bestimmten Raten repartirt wird, soll das Bedürfniß jedes Einzelnen allein für die Höhe der zulässigen Herausnahmen maaßgebend sein!

Wird damit nicht das Prinzip der Gleichheit, welches den Societätsvertrag vor anderen beherrscht, geradezu zerstört? jeder Gesellschafter und jeder Gesellschaftsgläubiger aufs empfindlichste gefährdet? die häufig sehr viel ersprießlichere Anlegung des erzielten Gewinns in anderen Unternehmungen verhindert?

Den Abreden der Parteien soll das Gesetz keine Schranken setzen; allein es darf nicht, was nur unter Umständen nützlich sein mag — und alsdann auch sicherlich ausbedungen werden wird — zur gesetzlichen Regel erhoben werden. Eine Festsetzung der Art müßte das kleinere Capital in der gefährlichen Richtung bestärken, sich der soliden offenen Gesellschaft zu entziehen, und der Commanditen- und Aktiengesellschaft, für welche der richtige Grundsatz unangefochten dasteht, zuzueilen.

Das von Brinckmann (S. 153. 154. 162) auch für diesen Satz behauptete Gewohnheitsrecht ist hier so ungegründet wie bei dem vorigen Punkte. Aus Societätsverträgen, welche Verabredungen der Art enthalten, wird eher die Nichtexistenz als die Existenz der Usance entnommen werden dürfen. Die neueren Gesetzgebungen*), wie die französischen Handelsrechtslehrer**), unter denen auch der von Brinckmann allegirte Pardessus, erklären sich übereinstimmend für jährliche Gewinnvertheilung, soweit diese ohne Zerrüttung des Geschäftsganges möglich ist. In handelswissenschaftlichen Schriften wird die jährliche Gewinnvertheilung als Regel

*) A.L.R. II. 8. §. 654. 656. 657. I. 17. §. 263—268. Span. Gesetzb. art. 286. 317. Portug. Gesetzb. art. 658. 660. 661. Ungar. Gesetzart. XVIII. §. 13. Würtemb. Entw. art. 205. 206. Reichshandelsges. art. 29 und Motive S. 107. 100. Auch der Sinn des Oesterreichischen Bürgerl. Gesetzbuchs art. 1199 ist gar nicht zweifelhaft, da Handelsgeschäfte allerdings zu denen gehören, welche einen jährlichen Gewinn abzuwerfen pflegen.

**) Z. B. Pardessus no. 1000. Malpeyre et Jourdain p. 90. Troplong no. 622. 846. Alauzet no. 109.

bezeugt*) und auch die überwiegende Majorität der Berliner Sachverständigenkommission hat sich für diese und gegen den angeblichen Handelsgebrauch erklärt (Protok. S. 29).

Hält man am bestehenden Recht fest, so bleibt zu entscheiden, ob der Gewinn einer jeden Geschäftsperiode völlig zur Vertheilung kommen soll, mag auch durch vorangegangene Verluste das Gesellschaftskapital unter seinen ursprünglichen Betrag herabgebracht sein. Im Zweifel ist wohl anzunehmen, daß die Contrahenten eine so absolute Trennung der einzelnen Bilanzperioden nicht beabsichtigt, daß sie vielmehr das Einschußkapital unverkürzt dem Geschäftsbetrieb haben erhalten wollen, und daß demzufolge jede Gewinnvertheilung ausgesetzt bleiben muß, bis diese ursprüngliche Höhe wiederum erreicht worden. Damit wäre dem Interesse der Gesammtheit in gleicher Weise Genüge gethan, wie den berechtigten Ansprüchen der einzelnen Gesellschafter. Anticipationen auf den erwarteten Gewinn jedoch in Form von Unterhaltskosten, Zinsen rc. können, ohne Abrede, nicht gestattet werden.

Dritter Abschnitt. Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschaft gegen dritte Personen.

I. Der art. 114 regelt zweckmäßig die Berechtigung und Verpflichtung der Gesellschaft, d. h. der Gesammtheit der Gesellschafter, durch die im Namen der Gesammtheit eingegangenen Geschäfte. Darunter sollen, nach der Motive, auch diejenigen Geschäfte begriffen sein, welche zwar nicht unter der Gesellschaftsfirma aber doch ersichtlich für die Gesellschaft geschlossen sind. Zur Vermeidung von Zweifeln hätte das ausdrücklich hervorgehoben werden müssen**).

Wir vermissen ferner die durchaus nothwendige Entscheidung folgender theils controversen, theils in den verschiedenen Rechtssystemen verschieden behandelter Punkte:

1. Haftet die Gesellschaft wegen Bereicherung auch alsdann, wenn das Geschäft nicht für sie geschlossen ist?

---

*) Noback a. a. O. S. 348. 349. Guillaumin a. a. O. II. p. 2051. Fort Universallexikon der gesammten kaufmännischen Wissenschaften. Leipzig 1852. I. S. 348. 349.

**) Vgl. die erste Abtheilung dieser Kritik S. 35. 38.

2. Findet, im Falle die Bereicherungsklage begründet ist, eine solidarische Haftung sämmtlicher Gesellschafter statt?

3. Ist die solidarische Haftung auch alsdann begründet, wenn sämmtliche Gesellschafter zusammen contrahirt haben?

Die beiden ersten Fragen sind, unseres Erachtens, zu verneinen, hingegen die Dritte zu bejahen*).

II. Nach art. 115 soll die Gesellschaft für den Schaden haften, „welchen ein Gesellschafter in Ausführung der Geschäfte der Gesellschaft einem Dritten zufügt."

Gegen diese Vorschrift sprechen dieselben Gründe, welche wir gegen den art. 49 (art. 42 des Revid. Entwurfs) entwickelt haben**). Ja es muß hier sogar strenge an der gemeinrechtlichen Unverantwortlichkeit für alle reinen Delicte festgehalten werden, da die subordinirte Stellung des Geschäftsgehülfen, welche eine subsidiarische Haftung des Prinzipals unter Umständen rechtfertigt, hier gänzlich wegfällt: die Gesellschafter sind einander gleichberechtigt, keiner der Aufsicht des anderen unterworfen.

III. Art. 116 ist beizutreten, da jeder Gesellschafter am Etablissementsort Recht zu nehmen verbunden ist. Gegen art. 117 (Erster Entwurf §. 122) haben wir uns bereits in der ersten Abtheilung Seite 80. 81 ausgesprochen. Der in den Motiven S. 64 angeführte Grund, daß der einzelne Gesellschafter nicht befugt sei, gegen die eingeklagte Gesellschaftsschuld die Forderungen der Gesellschaft zu compensiren, ist bei einer anderen Gelegenheit als irrig zurückgewiesen worden (S. 77. 78).

Vierter Abschnitt. Von der Auflösung der Gesellschaft und dem Ausscheiden einzelner Gesellschafter aus derselben.

I. Der Wegfall auch nur Eines Mitglieds löst die Societät auf: dieselbe kann unter den übrigen Gesellschaftern nur vermöge

*) Vgl. auch Entw. art. 215. Nach Preußischem Recht ergiebt sich die correale Haftung schon aus civilrechtlichen Prinzipien. Die französische Praxis erkennt sie an, und selbst die Annahme eines gemeinen Gewohnheitsrechts hat Vieles für sich: Frémery études p. 21—30. Souchay Anmerkungen zu der Reform. der freien Stadt Frankfurt I. S. 491. Buchka Die Lehre von der Stellvertretung. Rostock 1852. S. 247—250. Seuffert's Archiv IX. S. 430. 431. Würtemb. Entw. art. 213 und Motive.

**) Vgl. die erste Abtheilung dieser Kritik S. 39. 40.

eines neuen Societätswillens in Zukunft bestehen, der allerdings seinem Inhalt nach mit dem bisherigen Societätswillen vollkommen übereinstimmen mag. In diesem letzten Fall pflegt man von einer fortgesetzten Gesellschaft zu sprechen, namentlich alsdann, wenn der Wille die neue Societät zu begründen schon vor Eintritt des Auflösungsgrundes oder doch gleichzeitig mit diesem ausgesprochen ist.

Dieser allein richtige Grundsatz ist im Entwurf consequent durchgeführt (art. 118—123), die unhaltbare Scheidung des Preußischen Rechts zwischen bloßer Personenveränderung und gänzlicher Auflösung der Societät, aus welcher Brinckmann und Bluntschli nun gar ein gemeinrechtliches Institut gemacht haben, völlig aufgegeben.

Ebenso begründet ist die Eintheilung der Auflösungsgründe in ordentliche, welche theils ipso jure wirken, theils einer Willenserklärung bedürfen (gegenseitige Uebereinkunft, Aufkündigung) und in außerordentliche, welche nur unter gewissen Voraussetzungen und nur auf Antrag zulässig erscheinen — wenngleich für einzelne angeführte Fälle es zweifelhaft sein mag, ob sie der ersten oder der zweiten Categorie zuzutheilen seien. Die s. g. Ausschließung eines Gesellschafters ist nichts anderes als die Geltendmachung eines außerordentlichen Auflösungsgrundes verbunden mit der Abrede sämmtlicher übrigen Gesellschafter, die Gesellschaft unter den bisherigen Bedingungen unter sich fortzusetzen — also keine Abweichung vom Prinzip.

II. Die Veröffentlichung der Auflösung (art. 124. 125) entspricht dem Handelsgebrauch, und ist zweckmäßig geregelt.

III. Desgleichen die rechtliche Stellung des ausscheidenden oder ausgeschlossenen Gesellschafters zu den übrigen Mitgliedern (art. 126). Daß derselbe nicht einen verhältnißmäßigen Antheil an den einzelnen Forderungen, Waaren oder anderen Vermögensstücken der Gesellschaft in Anspruch nehmen dürfe, sondern nur einen entsprechenden Antheil an der Totalität des Societätsvermögens (art. 127), läßt sich zwar nicht, mit den Motiven, aus der angeblichen juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft herleiten, erscheint jedoch als eine durchaus zweckmäßige positive Modification im Interesse einer sachgemäßen Auseinandersetzung.

Fünfter Abschnitt. Von der Liquidation der Gesellschaft.

In diesem Abschnitt (art. 128—138) sind die Grundsätze, welche das heutige Gewohnheitsrecht für die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern und gegen Dritte entwickelt hat, übersichtlich und klar dargestellt. Nur in einigen Punkten scheinen die richtigen Prinzipien ohne ausreichenden Grund verlassen zu sein:

1. Die Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren soll auf Antrag eines jeden Gesellschafters durch Stimmenmehrheit erfolgen, bei Stimmengleichheit entscheidet der Richter (art. 128. 129). Wir glauben bei diesem Punkte entschieden an der Nothwendigkeit einstimmiger Beschlußfassung für die Ernennung festhalten zu müssen, wogegen zur Abberufung schon das Verlangen jedes einzelnen Gesellschafters hinreicht, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag selbst den späteren Liquidator bestimmt*).

2. Nach art. 138 soll über die Verwahrung der Bücher und Schriften die Stimmenmehrheit entscheiden. Zweckmäßiger erscheint es, die Deposition beim Handelsgericht als Regel aufzustellen, sofern sich die Gesellschafter über die Person des Verwahrers nicht zu einigen vermögen.

Das Prinzip des art. 136 „die Gesellschafter haften einander für die Güte der einem Jeden zugewiesenen Ausstände nach Verhältniß ihres Antheils am Gewinn oder Verlust" ist als richtig anzuerkennen, selbst wenn man von dem gemeinrechtlichen Grundsatz ausgeht, daß Forderungen und Schulden von selbst unter den Gesellschaftern getheilt sind. Steht ja auch nach gemeinem Recht nichts im Wege, daß die Gesellschafter unter einander, oder der Theilungsrichter, resp. der Liquidator, nach Zweckmäßigkeitsrücksichten die Forderungs- und Schuldverhältnisse in anderer Weise regelen**). Ja es wird diese Regelung bei Theilung des Societätsvermögens sogar die gewöhnliche sein, weil die Ausstände zunächst zur Berichtigung der Passiva verwendet werden müssen.

---

*) Vgl. oben S. 18 und Brinckmann S. 191 Not. 1. Malpeyre et Jourdain p. 323. Troplong no. 1025. Alauzet no. 282. Allenfalls mag die Ernennung vom Richter geschehen, sofern die Mehrheit eine solche beschließt.

**) L. 2. §. 5. l. 3. D. famil. hercisc. l. 40. §. 2. D. de pactis l. 26 C. eod.

Zweckmäßig wäre für den Fall, daß die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern nicht im Wege der förmlichen Liquidation, sondern mittelst Uebernahme der (Activa und) Passiva durch einen oder mehrere Gesellschafter oder einen Dritten geschieht, festzustellen, daß der Uebernehmer den Gläubigern schon durch seine bloße auch formlose Anzeige der Uebernahme verpflichtet, und dem Schuldner gegenüber durch eine ganz allgemeine formlose Erklärung der bisherigen Gesellschafter zur Einziehung der Activa legitimirt wird. Im Uebrigen ist das Verhältniß durchaus nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen*).

Sechster Abschnitt. Von der Verjährung.

In den art. 139—143 ist, mit Aufgabe der complicirten Vorschriften des Preußischen Rechts, das System der fünfjährigen Verjährung für alle Klagen der Gesellschaftsgläubiger, nach dem Code de commerce art. 64, adoptirt. Der Anfangszeitpunkt dieser Verjährung ist für fällige Forderungen das Datum der Eintragung des Auflösungs- oder Ausscheidungs-Vermerks in das Handelsregister, für nichtfällige der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit.

Die Ausnahme des französischen Gesetzbuchs zum Nachtheil der Liquidatoren ist beseitigt, und damit zugleich die große Zahl von Controversen ausgeschlossen, welche sich an den art. 64 knüpfen**).

Wie zweckmäßig auch diese kurze***) Verjährungsfrist bei der Correalhaftung sämmtlicher Gesellschafter erscheint, so liegt doch, unseres Erachtens, kein Bedürfniß vor, ihren Lauf auch gegen Bevormundete und gegen juristische Personen, welchen die Rechte der Min-

---

*) Zu weit geht Brinckmann S. 189 a. E. Diese Festsetzungen sind namentlich für das Gebiet des Preußischen und Französischen Rechts wünschenswerth. Vgl. Gans Beiträge zur Revision S. 58. 59. 66. 67. Sie sind entbehrlich, falls an der Formlosigkeit aller Willenserklärungen in Handelssachen als Regel festgehalten wird.

**) Vgl. Alauzet no. 290—292. Les Codes annotés ed. Gilbert ad Code de com. art. 64.

***) Ob nicht die Klagedauer gegen den ausscheidenden Gesellschafter wie im bestehenden Preuß. Recht auf Ein Jahr beschränkt werden könnte? Die kaufmännischen Mitglieder der Berliner Sachverständigenkommission haben sich dafür erklärt (Protok. S. 36).

derjährigen zustehen, ohne Zulassung der Restitution zu gestatten (art. 142) — allenfalls mag in solchen Fällen nach Ablauf der fünfjährigen Frist der Anspruch auf antheilige Berichtigung der Gesellschaftsschuld beschränkt werden. Ganz unzulässig erscheint uns ferner die Bestimmung des art 141:

> Die Verjährung zu Gunsten eines Gesellschafters wird durch Rechtshandlungen nicht unterbrochen, welche gegen die Gesellschaft als solche oder einen anderen Gesellschafter vorgenommen werden.

Gegen die Gesellschaft als solche, falls darunter etwas anderes verstanden werden soll, als die Gemeinschaft sämmtlicher Associés, darf überhaupt nicht geklagt werden, und, will man dennoch eine Klage gestatten, jedenfalls nicht nach Auflösung der Societät. Daß die Klage gegen den Liquidator, welcher sämmtliche Gesellschafter vertritt, die Verjährung gegen jeden Einzelnen nicht unterbrechen sollte, wäre exorbitant. Aber auch die Klage gegen jeden einzelnen Gesellschafter muß diese Wirkung für alle übrigen haben — diese Consequenz der passiven Correalität darf nicht ohne Noth geopfert werden. Art. 80 der Deutschen Wechselordnung bietet keine zutreffende Analogie.

Andererseits ist auch die Beschränkung des art. 140 alin. 2*) schwerlich zu billigen. Nicht nur ist es unwahrscheinlich genug, daß länger als 5 Jahre nach gänzlicher oder partieller Societätsauflösung noch ungetheiltes Societätsvermögen sich finden sollte, sondern es enthält dieser Satz auch eine rechtliche Scheidung zwischen Societäts- und Privatvermögen, welche nach Auflösung der Societät noch weniger motivirt erscheint als während der Dauer derselben.

2. Die stille Handelsgesellschaft.

(Revid. Entwurf Buch II. tit. 3.)

Das französische Recht, aus welchem die Vorschriften des Entwurfs geflossen sind, läßt nicht allein über die Existenz eines Societätsverhältnisses zwischen Complementar und Commanditist keinen

---

*) „Ist noch ungetheiltes Societätsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger die fünfjährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden, insoweit er nur seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen sucht."

Zweifel, es bringt auch das Dasein desselben durch den Zwang zur Publication eines Societätsextracts und einer Gesellschaftsfirma zur öffentlichen Kunde.

Inwieweit diese Vorschriften nachahmungswerth seien, mag hier zunächst dahingestellt bleiben — jedenfalls befindet sich das Deutsche Recht zur Zeit auf einem anderen Standpunkt, dessen Darlegung für die Festigung der noch immer schwankenden Theorie nicht unfruchtbar und zur sicheren Entscheidung der Einzelnfragen durchaus nothwendig sein dürfte. Nimmt auch die Mehrzahl ein Societätsverhältniß wenigstens der inneren Seite nach an, so schien doch Vielen ein Darlehnsvertrag*), Anderen ein unbenannter Vertrag**), welcher allenfalls in einer gewissen Verwandtschaft zu einem Gesellschaftsvertrag stehe***) vorzuliegen. Selbst Thöl (Handelsrecht §. 41) läßt die Stellung des Commanditisten insofern zweifelhaft, als er denselben nur in einzelnen Beziehungen als Gesellschafter, in anderen dagegen als Gläubiger oder als Mandanten behandelt wissen will.

Die Beobachtung des Deutschen Rechtslebens bietet gerade hier besondere Schwierigkeiten, da die stille Gesellschaft erst in neuester Zeit eine größere Bedeutung für den Handelsverkehr anstrebt, und von ihrer jüngeren Schwester, der Aktiengesellschaft, weit überflügelt worden ist. Reichere Ausbeute, obwohl nicht immer ganz zuverlässige für das Deutsche Recht, gewährt Frankreich; die bedeutendste Italien, dessen großartigen Handelsspekulationen Jahrhunderte lang die Form der Commanditengesellschaft zur Basis diente****). Endlich

---

*) Schweitzer de firma mercatorum p. 10—17. Frei in Elvers' Themis II. S. 382—384.

**) Brackenhöft in Weiske's Rechtslexikon Bd. V. S. 80—81. Dahin neigt sich auch Casaregis disc. 29 no. 1—8 für die alte commenda, indessen nur wegen der ausdrücklichen Erklärung des Genueser Statuts, welches eine commenda mit societas seu ratio (d. h. eine offene Gesellschaft) nicht mehr als commenda gelten läßt.

***) Haubold Lehrbuch des Königl. Sächs. Privatrechts, herausgegeben von Hänsel. 3. Aufl. I. §. 289 c. Commissionsbericht der zweiten Kammer zu §. 35 der Pr. Conc.-Ordnung von 8/5 1855 (Commentar zur Concursordnung S. 135. 136). Vgl. unten S. 40 Not. ***.

****) Namentlich sind außer den Statuten der Italiänischen Städte zu nennen: Decisiones rotae Genuae dec. 14. 39. 46. Ansaldi de Ansaldis de commercio et mercatura disc. 29 no. 22. disc. 38 no. 3—5. disc. 51 no.

hat in England die noch immer vergebens ersehnte Einführung dieser Associationsform — der letzte Entwurf (The law of partnership bill von 1856) wurde in Folge einer unzweckmäßigen Amendirung durch das Parlament von der Regierung zurückgezogen — zu äußerst fruchtbaren und eingehenden Erörterungen über deren wirthschaftliche Bedeutung und zweckmäßigste Organisation geführt*).

Wir gehen von folgenden unbestrittenen Punkten aus:

1. Der stille Gesellschafter hat einen Antheil am Gewinn.
2. Er trägt das Risiko des Geschäftsbetriebs, aber nie über seine Einlage hinaus.
3. Er hat an sich keine Befugniß, in gemeinsamem Interesse Rechtsgeschäfte mit verbindender Kraft für den Complementar einzugehen.

Diese Elemente genügen vollkommen, das Wesen des Verhältnisses zu erkennen.

Jede Verbindung zum gemeinschaftlichen Betrieb von Handelsgeschäften auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust ist eine Handelsgesellschaft.

Beide Momente finden sich in der stillen Gesellschaft.

1. Der Betrieb ist ein gemeinschaftlicher, denn das ist ein jeder, für welchen von Seiten aller Verbundenen Mittel gestellt werden. In der Regel wirken Capital und Arbeit zusammen. Handelsbetrieb ohne Arbeit ist undenkbar, ohne Capital, gleichviel ob eigenes oder fremdes creditirtes, nur in seltenen Fällen möglich. Die Betriebsmittel erscheinen entweder gleichmäßig vereinigt in jedem Gesellschafter, oder völlig, oder doch der Hauptsache nach getrennt: der Hauptsache nach, indem zwar Jeder Capital und Arbeit beiträgt, aber bei dem Einen die Capitals- bei dem Anderen die Arbeitsleistung als die Hauptsache erscheint. In der stillen Gesellschaft ist

---

7—9. disc. 98 no. 36—69 (das Bedeutendste darüber). Casaregis discursus legales de commercio disc. 29. 39. 78. 144. Die wichtigen Entscheidungen der Rota Romana waren mir bisher nicht zugänglich.

*) Vgl. namentlich John Stuart Mill Grundsätze der politischen Oeconomie, übersetzt von Soetbeer. Hamburg 1852. Bd. II. S. 373—386. 241—252, und viele Aufsätze in den Reviews. Insbesondere: Edinburgh review April 1852 S. 445 ff. Westminster Review October 1853 S. 375 ff. Law Review Mai 1855 S. 138 ff. 355 ff. 399 ff.

diese Trennung häufiger als in der offenen, doch auch in der letzteren nicht ungewöhnlich.

Die Einlage des stillen Gesellschafters besteht in Capital — das ist der zur Zeit wichtigste, und in den Gesetzen meist allein vorgesehene Fall — oder in Arbeit: namentlich der Handlungsgehülfe, welcher statt eines festen Salairs oder neben einem solchen einen Gewinnantheil bezieht, ist stiller Gesellschafter (vgl. Erste Abtheilung S. 28).

Ob hiebei der Capitaleinleger, oder der Arbeiter, oder jeder von Beiden als der Leiter der Verbindung, als der „Unternehmer" im wirthschaftlichen Sinne erscheint, ist rechtlich gleichgültig. In der stillen Gesellschaft fällt die Unternehmerrolle naturgemäß demjenigen zu, der entweder allein oder überwiegend die geistige Arbeit verrichtet*) — indessen findet sich auch hier das umgekehrte Verhältniß. So sehen wir in den großen Commanditengesellschaften zu verschiedenen Zeiten bald den Einfluß der Commanditisten in bedenklicher Weise überwiegen, so daß der Complementar wenig mehr als ein vorgeschobener Strohmann ist — diesem Uebelstand suchte die Gesetzgebung des Code de commerce durch das Verbot der Geschäftsführung abzuhelfen —, bald die Commanditisten nahezu schutzlos einem übermächtigen Complementar gegenüber — ein Verhältniß, welches die neueste französische Gesetzgebung zu beseitigen bemüht ist**).

Wie indessen auch die Verhältnisse thatsächlich variiren mögen, juristisch kommt es lediglich darauf an, wer den Gewerbebetrieb nach außen repräsentirt. Derjenige also, dessen Einlage wesentlich in dieser Geschäftsleitung dem Publikum gegenüber besteht, der wenigstens formell als der einzige Unternehmer erscheint, ist der juristischen Idee nach und gilt Dritten gegenüber als der Herr des Geschäfts, mag sein Societätsverhältniß bekannt oder unbekannt sein, mag er wesentlich ein eigenes Geschäft mit fremder Beihülfe betreiben, oder einem wesentlich fremden Geschäft seine Hülfe gewähren***).

---

*) Oder es doch der Idee nach sollte, wenn auch nicht immer in Wirklichkeit z. B. der müßige und unfähige Prinzipal gegenüber dem thätigen und intelligenten Disponenten.

**) Vgl. den Bericht von Langlais im gesetzgebenden Körper über das Project des Gesetzes vom 17. Juli 1856 (Mémorial du commerce 1856 p. 242 ff.).

***) Darum unterscheiden die Italiänischen Juristen sehr sorgfältig den in-

2. Gewinn und Verlust sind gemeinschaftlich.

Der Commanditist participirt am Gewinn, gleichviel in welchem Verhältniß, und am Verlust, jedoch nicht über seine Einlage hinaus. Diese Begrenzung der Haftung hat gegenüber den Gesellschaftern nichts Auffallendes, und findet sich auch in der offenen Gesellschaft; nach außen läßt sie sich auffassen als eine Beschränkung Dritter — als solche würde sie die Societätsbeziehungen gar nicht berühren, weil nicht diese, sondern die Art des Contrahirens für die äußeren Verhältnisse maaßgebend sind. Sie läßt sich aber auch auffassen als eine Beschränkung der Rechte, welche den Gesellschaftern gegen einander aus dem Societätsverhältniß zustehen. Wird in der offenen Gesellschaft auf den unbeschränkten Credit aller Gesellschafter gehandelt — mit eventueller Ausgleichungspflicht derselben unter einander — hat also jeder, oder doch jeder geschäftsführende Socius das Recht, den Credit eines jeden Genossen in vollem Umfange auszubeuten, so handelt die stille Gesellschaft allein auf den Credit des Complementars oder allenfalls zugleich auf den limitirten Credit des Commanditisten. Gehört es also zum Wesen der offenen Gesellschaft, daß ein jeder Gesellschafter dem anderen zu Societätszwecken seinen vollen Credit nach außen gewähren muß, so hat in der stillen Gesellschaft nur der Complementar diese Verbindlichkeit, wogegen der Commanditist seinen Credit entweder gar nicht gewährt, oder nur in dem Maaße, in welchem er an den Societätsgeschäften sich betheiligt (vgl. S. 44. 45).

Ob gar nicht, oder in beschränktem Maaße richtet sich danach, ob das Societätsverhältniß bekannt gemacht ist, oder nicht. An diesen Unterschied knüpfen sich wichtige Folgen, auf welche wir unten zurückkommen. —

---

stitor, welcher im Namen eines anderen Prinzipals contrahirt, von dem Complementar der Commanditengesellschaft, der in eigenem Namen auftritt: dem Accomandatarius. Ein wirkliches Institorenverhältniß ist weder die commenda noch die accomandita jemals gewesen. Rota Genuens. dec. 14 no. 47—50. 57—64. 87. 99. dec. 39 no. 6—10. Ansaldis disc. 29 no. 22. disc. 98 no. 58 ff. Casaregis disc. 29 no. 24. 27. Ja die Rota Romana und nach ihr Casaregis disc. 29 no. 28 verneinte sogar die Existenz einer Commanditengesellschaft in einem Falle, wo der Complementar materiell erweislich nur ein fremdes Geschäft führt, indem er gar keinen Gewinnantheil bezieht, wenngleich er formell als Geschäftsherr auftritt.

Die Vergütung, welche dem Commanditisten für seine Betheiligung am Gewerbebetrieb zukommt, besteht in einer Gewinnrate; varirt also mit den wechselnden Erträgnissen des Geschäfts und kann völlig ausbleiben, falls dasselbe keinen Gewinn abwirft. Besteht seine Einlage in Arbeit, so hat er in solchem Falle die Arbeit umsonst gethan, ohne weiteres Risiko; besteht sie in Capital, so kann dieses unversehrt bleiben, oder ganz oder theilweise verzehrt werden.

Hierin liegt ein wichtiger wirthschaftlicher und rechtlicher Unterschied der Commanditengesellschaft von ähnlichen Verbindungen, welche zur Erreichung ähnlicher Zwecke (vgl. Erste Abtheilung S. 55) eingegangen zu werden pflegen. Was in der Theorie scharf geschieden werden muß, grenzt im Leben nahe aneinander; ungenügende Kenntniß der wirthschaftlichen Verhältnisse übersieht dann wohl die unterscheidenden wie die gleichen Momente.

Nach den bisherigen Erörterungen dürfen wir zwei innerlich verschiedene Hauptgestaltungen der Commanditengesellschaft annehmen, welche sich sowohl heute vorfinden, als geschichtlich mit Sicherheit nachweisen lassen. Deren Betrachtung wird dazu dienen, die Verwechselung der Commanditengesellschaft mit anderen Instituten vollends auszuschließen.

Erster Fall. Der Complementar (ein Einzelner oder eine Handelsgesellschaft) führt sein eigenes Geschäft, er ist nicht allein formell, sondern auch materiell der Unternehmer, indem er durch Commanditencapital seinen Geschäftsbetrieb beginnt oder erweitert. Das Commanditencapital hat hier die Aufgabe, entweder der capitallosen Intelligenz einen Geschäftsbetrieb zu ermöglichen — alsdann kommt ein solcher überhaupt erst durch Bildung einer Commanditengesellschaft zu Stande —, oder durch Vergrößerung der dem Unternehmer zu Gebote stehenden Betriebsmittel denselben zur Ausführung bedeutenderer Operationen in Stand zu setzen — alsdann besteht ein Geschäftsbetrieb schon früher, aber ein kleinerer oder schwierigerer. Die Deutschen Gesetze, welche unseres Instituts erwähnen, haben in der Regel nur die zweite Erscheinungsform vor Augen.

Der Beitritt des Commanditencapitals geschieht nicht in edler Uneigennützigkeit, sondern im eigenen Interesse des Capitaleinlegers, er schenkt weder sein Capital noch dessen Gebrauch.

Insoweit lassen sich diese Zwecke auch ohne Association erreichen

durch Creditgeschäfte mannigfacher Art, z. B. durch Verkauf von Waaren auf Credit, durch fortgesetztes Discontiren von Wechseln, durch Depositen, durch einfache Darlehen, gleichviel ob dieselben unmittelbar hingegeben, oder deren Hingabe zunächst durch eine Crediteröffnung versprochen wird. So finden wir in der Blüthezeit des Italiänischen Handels neben einander die Commanditengesellschaft und das verzinsliche Depositum — ersichtlich zu demselben Zweck: dem Capitalinhaber eine fruchtbringende Anlage zu verschaffen, dem Nehmer, der häufig eine offene Gesellschaft war, eine Vergrößerung seines Geschäftsbetriebs zu ermöglichen. So pflegen unsere heutigen Banken theils mit ihrem Stammcapital zu operiren, theils mit Depositen, theils mit Darlehnsgeldern, welche sie im Wege der Zettelemission aufgenommen haben. So gehört es zu den häufigsten Erscheinungen, daß das Anlagecapital einer Eisenbahn theils im Wege der Association durch Stammaktien, theils im Wege der Anleihe durch Prioritätsaktien aufgebracht wird.

Und dennoch, so wenig verzeihlich die Verwechselung von Stammaktien und Prioritätsaktien erscheint, so wenig dürfen Commanditengeld und Darlehenscapital*) für identisch erachtet werden. Es ist richtig, daß beide in ihrem allgemeinen Zweck übereinkommen; daß selbst die Zeitdauer, für welche Darleiher wie Commanditist sich der Disposition über ihre Capitalien begeben, häufig die gleiche ist**); daß, wie das Eigenthum der Darlehnssumme auf den Empfänger, so das Eigenthum des Commanditencapitals auf den Complementar übergeht***); ja es kann sogar, wie mitunter den Inhabern von

*) Noch weniger eignen sich die übrigen Creditgeschäfte zu dieser Paralellisirung, weil nur beim Darlehn eine Anlage auf längere Zeit, eine feste Anlage, vorzukommen pflegt.

**) Gleich bestimmt oder gleich unbestimmt: Kündigung des Darleihers, Kündigung des Commanditisten.

***) Auch das Commanditengeld wird creditirt (hingegeben, anvertraut). Darüber läßt die Ausdrucksweise der Deutschen Gesetze, wie der Italiänischen Juristen (z. B. Ansaldis disc. 29 no. 22. disc. 98 no. 58 ff. Casaregis disc. 29 no. 24.30) keinen Zweifel. Die entgegenstehende, auch von mir früher vertheidigte Ansicht wird jetzt wieder von Fischer Preußens kaufm. Recht S. 483. 484 aufgenommen, allein ohne Verständniß der Frage. Nach Römischem Recht (l. 13 §. 1 D. de praescr. verbis) dürfte daher allerdings die Commanditengesellschaft nur ein societätsähnlicher Innominatcontract sein. Im heutigen Recht ist der Unterschied bedeutungslos.

Prioritätsaktien zugesichert ist, dem Darleiher eine gewisse Aufsicht über die Geschäftsführung seines Schuldners, ein gewisses Widerspruchsrecht gegen beabsichtigte Dispositionen desselben zustehen — gleichwohl unterscheiden sie sich wirthschaftlich wie juristisch in den wichtigsten Beziehungen.

Der Darleiher will sein Capital fruchtbringend anlegen, aber gegen dessen Verlust gesichert sein; er begnügt sich darum mit einem Zins, der freilich verschieden festgestellt wird nach den allgemeinen wirthschaftlichen Verhältnissen und denen des Nehmers insbesondere, aber doch für die ganze Dauer der Creditgewährung in gleicher Höhe feststeht. Die Lage des Capitalgebers ist hier insofern unvortheilhaft, als ihm in der Regel jede wirksame Controle über die Vermögensverhältnisse des Capitalnehmers fehlt. Die Stellung des Letzteren wird dadurch schwierig, daß ein großer Theil seines Gewinns durch die Zinsen absorbirt wird, daß er diese unter allen Umständen zahlen muß und häufig unter ihrer Last unterliegt; daß sein Vermögen allein für die Gesellschaftsschulden aufkommt, das Darlehnscapital zwar mitleidet, weil es ununterscheidbarer Bestandtheil seines Vermögens geworden ist, aber zugleich, als Schuld, Befriedigung verlangt, und, sofern es durch Pfand u. dgl. gesichert ist, sogar volle erlangt. Besteht nun gar, wie in England und für diesen Fall auch nach dem Entwurf (art. 223), kein gesetzliches Zinsmaximum, so kann gar leicht durch den Zinsengenuß weniger Jahre das im Concurse liquidirte Darlehnscapital bereits zurückempfangen sein.

Noch ungünstiger ist die Lage der Gläubiger des Capitalnehmers. Nicht allein, daß das Vermögen ihres Schuldners durch die Zinsenvorwegnahme verringert ist, wohl gar die Verzinsungspflicht jeden Aufschwung des Geschäftsbetriebs gehindert hat, daß sie sich die Concurrenz des Darleihers gefallen lassen müssen — gar häufig beruhte auch der ganze Credit ihres Schuldners lediglich auf diesen fremden Mitteln, welche nun den trügerischen Schein eigenen Vermögens ablegen und unerwartet aus dem Haben zum Soll werden.

Ganz anders in der Commanditengesellschaft. Der Capitalist will sein Geld vortheilhaft anlegen: aber nicht auf festen Zins, sondern auf wechselnden: die mögliche Höhe des Gewinns soll entschädigen für dessen völliges Ausbleiben oder gar für den Capitalverlust im schlimmsten Falle. Auch das Darlehnsgeld kann verloren gehen, jedoch nur wenn der Darlehnsnehmer sein

ganzes Activvermögen verhandelt und zu verhandeln im Stande ist*); das Commanditencapital schon dann, wenn es durch den Verlustantheil des stillen Gesellschafters am Geschäftsbetrieb absorbirt ist. Den Vortheil wirksamerer Controle hat letzterer allerdings in der Regel gegen den Darleiher voraus.

Der Capitalnehmer und dessen Gläubiger dagegen sind hier weit günstiger gestellt. Freilich muß der Erstere seinen Unternehmergewinn mit dem Capitalgeber theilen. Dafür hat er aber auch nichts zu zahlen, wenn kein Gewinn erzielt ist, sein Verlust ist stets geringer durch die Mitleidenheit des Commanditencapitals. Die Gläubiger endlich werden mit keinem Scheinvermögen getäuscht: was die Betriebsmittel ihres Schuldners vergrößerte, verstärkt auch die zu ihrer Befriedigung dienende Masse; sie erhalten sogar einen zweiten Schuldner, sofern sie Grund hatten, auf einen solchen zu rechnen (Siehe unten S. 47. 48).

Zweiter Fall. Der äußerlich als Unternehmer erscheinende Complementar führt nicht sein eigenes Geschäft, sondern mit dem anvertrauten Commanditengeld das Geschäft der Capitalgeber. Die letzteren sind thatsächlich die Herren des Unternehmens, der Complementar vollführt wesentlich nur deren Willen. So erscheint in der commenda der Italiänischen und Französischen Seerechte**), welcher das heutige Institut Ursprung und Namen verdankt, als wirklicher Unternehmer der accomendator, welcher das Capital (Waaren oder Geld) hergab***), hingegen der Accomandatarius, welcher den Verkauf und Einkauf gegen Gewinnantheil auf eigenen Namen besorgte, als bloßer Geschäftsverwalter. So war und ist häufig der Gerant einer Commanditengesellschaft thatsächlich nur ein, mitunter sogar absetzbarer****), Disponent, wenngleich er niemals im alleinigen Namen des Geschäftsherrn auftritt, und stets persönlich zum Vollen haftet. Mangel an eigenem Vermögen macht

---

*) Ueber das Pfand des Darleihers z. B. kann er zu dessen Nachtheil nicht disponiren.

**) Gesellschaft zum Einkauf und Verkauf von Waaren, indessen in der Regel auf den Geschäftscomplex Einer See- oder Landreise beschränkt.

***) Statuta Genuens. lib. IV cap. 13: — accomendator vero qui ordinat. —

****) Z. B. Statut der Berliner Handelsgesellschaft vom 2/7 56. §. 41. Casaregis disc. 29 no. 37. Troplong no. 433.

diese Haftung häufig illusorisch, und es dient in solchem Falle die Commanditengesellschaft mitunter nur als Surrogat der allein geeigneten, aber wegen verweigerter Staatsgenehmigung ausgeschlossenen Aktiengesellschaft *). Constituiren sich doch nicht selten Commanditengesellschaften mit dem erklärten Zweck, sich, nach erlangter Regierungserlaubniß, zu Aktiengesellschaften umzuwandeln. Legt man indessen — was juristisch allerdings nothwendig ist — das Hauptgewicht darauf, daß der Complementar doch formell als Geschäftsherr erscheint, so streift seine Stellung wiederum ganz nahe an die eines Commissionärs **), welcher ja auch in seinem Namen aufzutreten pflegt, wenn gleich er nur fremde Geschäfte für fremde Rechnung, obwohl zugleich im eigenen Interesse, führt. Aber selbst hier waltet der wesentliche Unterschied ob, daß der Complementar durch Bezug eines Gewinnantheils am Ausgange des Geschäfts interessirt ist und seine Arbeit verlieren kann; daß er überdies an die Commanditisten keinen unbeschränkten Regreß hat, und den Ueberschuß der Geschäftsschulden über das Commanditencapital aus eigener Tasche bezahlen muß. —

Hatten die vorstehenden Erörterungen zum nächsten Zweck, durch eingehende Darlegung der Aehnlichkeits- wie der Differenzpunkte zwischen der Commanditengesellschaft und anderen Verbindungen die eigen-

*) Vortrefflich weist dies nach Coquelin des sociétés commerciales (Revue des deux mondes 1843. III. p. 397 ff., namentlich p. 417 ff.). Auch in Deutschland beginnen diese Fälle sich zu mehren.

**) Man denke namentlich an ein ständiges Commissionslager. Die Rechtsquellen des Mittelalters legen von dieser Verwandtschaft beredtes Zeugniß ab. In den älteren Seerechten wird die commenda (commande) nur der societas — der offenen Gesellschaft — entgegengesetzt, und scheint sowohl die stille Gesellschaft als der Commissionsvertrag in sich zu schließen. Erst später wird dieser (implicita), wiewohl unter Anerkennung der inneren Verwandtschaft, von der commenda im engeren Sinne getrennt. Die einfachste Gestalt der Commanditengesellschaft findet sich schon in den Römischen Rechtsquellen, wo es gilt, dieselbe gegen den Trödelvertrag und gegen verwandte Institute abzugrenzen: l. 44. l. 52 §. 7 D. pro socio. l. 13 pr. §. 1 D. de praescriptis verbis l. 1 C. pro socio; doch begreiflicherweise dort weniger durch die Art des Auftretens nach außen, als durch die eigenthümliche Verbindung von Arbeit und Capital ausgezeichnet. Ein reines Institorenverhältniß, welches jedoch äußerlich ganz der Commanditengesellschaft gleicht, wird häufig bei den „Commanditen" genannten Nebenétablissements sich finden.

thümlich wechselnde Stellung der ersteren im Verkehrsleben zu kennzeichnen, und für die wissenschaftliche Fortbildung einen sicheren Ausgangspunkt zu gewinnen, so genügen sie auch, um den Gedanken einer mit dieser Societät verbundenen besonderen Rechtssubjectivität entschieden zurückzuweisen.

Beruht der Credit der offenen Gesellschaft auf der vereinigten Persönlichkeit jedes einzelnen Mitglieds (Erste Abth. S. 87), so tritt hier dem Publikum gegenüber nur die — nach Gerber's treffendem Ausdruck — „potenzirte" Persönlichkeit des Complementars, potenzirt entweder nur materiell, oder auch äußerlich in Folge der Veröffentlichung des Societätsverhältnisses (vgl. oben S. 38).

Solche öffentliche Anzeigen — sei es nur der Existenz der Commanditengesellschaft (als solcher), oder auch des Commanditencapitals, oder gar der Namen der Commanditisten (als solcher, denn ohne diesen Zusatz gälten die Gesellschafter als offene) — sind in Deutschland wenig üblich. Die Commanditengesellschaft ist hier regelmäßig noch eine „stille, geheime" Societät, während in Frankreich die Gesellschaft selbst stets eine öffentliche sein muß*), höchstens die Personen der Commanditisten geheime Gesellschafter sind.

In der Regel also fehlt jedes Band zwischen dem Commanditisten und den Gläubigern wie den Schuldnern des Complementars. Der letztere hat stets unter seiner alleinigen Firma gehandelt, der stille Gesellschafter ist durch ihn weder direct berechtigt noch direct verpflichtet worden**).

Sofern dagegen eine Veröffentlichung des Societätsverhältnisses erfolgt — welche übrigens der Natur dieser Gesellschaft durchaus nicht widerstrebt, und schon in Italien mitunter vorkam***) — ändert sich die Lage des Commanditisten allerdings. Der Complementar

*) Darum ist die Bezeichnung „stille Gesellschaft" für den Entwurf, welcher dem französischen System folgt, eine fehlerhafte. Die Benennung „Commanditengesellschaft" erscheint hier viel passender.

**) Vgl. namentlich Dunze in Elver's Themis Neue Folge I. S. 67. Das Preußische Obertribunal in Entsch. XII. S. 361. Ihering in seinen und Gerber's Jahrb. I. S. 345.

***) Ansaldis disc. 51 no. 7—9. Casaregis disc. 29 no. 31. disc. 144 no. 1. 3. 36—45.

handelt nun nicht unter seiner Firma nur für sich, sondern zugleich für den genannten oder ungenannten Commanditisten unter der Firma der Societät*). Auch der Commanditist haftet alsdann den Societätsgläubigern direct und solidarisch, aber nicht über sein Commanditencapital hinaus (vgl. oben S. 2). Daß gleichwohl nicht jeder einzelne Societätsgläubiger directe Befriedigung von ihm beanspruchen darf**), erscheint als eine im Wesen der Commanditengesellschaft begründete Ausnahme. Denn am richtigsten sieht man die Bedeutung der Veröffentlichung darin, daß der Commanditist den Complementar für bevollmächtigt erklärt, auch für ihn und in seinem Namen (unter der Gesellschaftsfirma) Handelsgeschäfte zu schließen, doch so, daß er den Handlungsgläubigern nur für den bei Beendigung der Societät sich ergebenden Passivsaldo derselben und nur bis auf eine gewisse (genannte oder ungenannte, also durch Erkundigung zu ermittelnde) Summe einstehen, und soweit diese Summe im Laufe des Geschäftsbetriebs verhandelt sei, gar nicht verbunden sein wolle.

Sehr viel gekünstelter erscheint jedenfalls Brinckmann's Deutung (S. 226. 227): daß der Commanditist durch die Veröffentlichung erkläre, er wolle im Concurse des Complementars den Handlungsgläubigern vor seinem Anspruche auf Rückzahlung des Commanditencapitals die Priorität gewähren. Auch reicht dieser Gesichtspunkt gar nicht aus, sobald das Recht auf Einzahlung der noch rückständigen Capitalsraten in Frage steht. Dieses würde, nach Brinckmann, höchstens der gesammten Gläubigerschaft des Complementars aus dessen Recht zustehen (S. 229), und es ist willkührlich, dieser gesammten Gläubigerschaft die Handelsgläubiger (S. 227) zu substituiren.

---

*) Die Commanditengesellschaft kann also eine Firma haben, was Brinckmann S. 119. 207 mit Unrecht verneint. Eine Gesellschaftsfirma freilich in der Bedeutung, welche Thöl §. 36 für alle Fälle behauptet, ist undenkbar, zumal nach Thöl, niemals im Namen des Commanditisten contrahirt werden darf (§. 42). Vgl. jedoch denselben §. 27. a Not. 12. Noch weniger darf mit Gerber und Anderen angenommen werden, daß der Complementar nicht einmal im Auftrage des Commanditisten contrahire.

**) Was einzelne französische Schriftsteller, z. B. Pardessus no. 1034, Malpeyre et Jourdain p. 156, mit Unrecht behaupten.

Und noch viel ferner dem Bewußtsein sämmtlicher Interessenten liegt die Annahme eines Creditauftrags, welchen der Commanditist den künftigen (!) Handlungsgläubigern ertheile (Thöl §. 41 und Brackenhoeft in Weiske's Rechtslexikon V. S. 74. 75. 82): eine Intercession somit nicht nur in wesentlich eigenem Interesse des Mandators, sondern auch mit der Eigenthümlichkeit, daß die Intercessionssumme dem Hauptschuldner zu Eigenthum gegeben, und von diesem selbst durch Tilgung der in Folge des Creditauftrags entstandenen Handlungsschulden allmählig consumirt würde. —

Wir dürfen nunmehr zu den einzelnen Rechtssätzen übergehen, welche die art. 87—90. 117 des Entwurfs auch für die Commanditengesellschaft aufstellen (vgl. Erste Abth. S. 58—81).

I. Einen Concurs der Commanditengesellschaft kennt das bestehende Recht nicht, nur einen Concurs des Complementars oder des Commanditisten*). Auch der Concurs des Commanditisten löst die Gesellschaft auf, sofern nicht die Individualität der Mitglieder für gleichgültig erklärt ist, wie in der Commanditengesellschaft auf Aktien**).

Fallirt nur der Commanditist, so tangirt das die Rechte der Handlungsgläubiger nicht. Die Fallitmasse des Commanditisten fordert Auskehrung des noch vorhandenen Commanditencapitals nach antheiliger Berichtigung der Gesellschaftsschulden. Soweit dasselbe noch nicht eingeschossen ist, fordert der Complementar den Einschuß, doch nicht mehr, als zur Deckung des den Commanditisten treffenden Verlustantheils an den Gesellschaftsschulden erforderlich ist (vgl. Erste Abth. S. 61—63).

Fallirt der Complementar, so wird nur über sein Vermögen der Concurs eröffnet, nicht zugleich ein zweiter über das Handlungsvermögen. In diesem Concurse werden Privat- und Handlungsgläubiger gleichmäßig befriedigt***).

---

*) Brinckmann S. 230. Selbst nicht die Preußische Concursordnung vom 8/5 1855. Vgl. Commentar und vollständige Materialien zur Concursordnung. Berlin 1855. S. 137.

**) Vgl. Mittermaier §. 556 Not. 43. Der Entwurf bestimmt mit Unrecht das Gegentheil art. 154. Selbst Brinckmann, auf den die Verfasser sich berufen, sieht doch wenigstens in dem Concurse einen Ausschließungsgrund gegen den Commanditisten.

***) In der Regel wird der durchgreifende Unterschied, ob die Existenz der

1. Zur Masse gehört auch das Commanditencapital, soweit es bereits eingeschossen war. Zu den Concursgläubigern kann gehören der Commanditist: nämlich auf Rückgabe des durch seinen Antheil an den Handlungsschulden während der Dauer des Geschäftsbetriebs nicht consumirten Theil des Commanditencapitals. Der Anspruch steht ihm zu, weil er dem Complementar und dessen Gläubigern gegenüber für die Privatschulden des Ersteren nicht einzustehen hat, und für die Handlungsschulden nicht über seinen vertragsmäßigen Antheil am Gesellschaftsverlust*).

Ist nun die Existenz der Commanditengesellschaft nicht veröffentlicht, so steht dieser Anspruch nur dem Commanditisten selbst zu, doch muß er sich gefallen lassen, daß die Gläubigerschaft des Complementars seinen Verlustantheil an den noch unbezahlten Handlungsschulden vorweg abziehe, weil für diese der Complementar allein haftet (vgl. Erste Abth. S. 61—63).

Ist dagegen die Existenz der Gesellschaft veröffentlicht, so treten nun an die Stelle des Commanditisten die Handlungsgläubiger, welchen er ja mit dem unverhandelten Rest seines Commanditencapitals für die Societätsschulden aufzukommen hat. Und zwar brauchen diese einen antheiligen Abzug der noch unbezahlten Handlungsschulden sich aus zwei Gründen nicht gefallen zu lassen: einmal, weil dieser Abzug eben nur zum Zweck der Befriedigung der Handlungsgläubiger geschehen darf; sodann, weil nun der Complementar nicht allein für die Handlungsschulden in Anspruch genommen wird, sondern zugleich der Commanditist (vgl. Erste Abth. S. 63).

2. Ist das Commanditencapital noch nicht ganz eingeschossen, so darf der Complementar, d. h. die Gläubigergemeinschaft aus dessen Recht, den Einschuß nur soweit fordern, als zur

---

Commanditengesellschaft veröffentlicht ist oder nicht, ganz oder nahezu ignorirt, z. B. auch von Treitschke. Umsichtiger verfahren zwar Thöl, Morstadt und Brinckmann, jedoch theils mit unrichtigem Ausgangspunkt, theils ohne vollständige Berücksichtigung der maaßgebenden Momente.

*) Das erkennen auch, die Nichtveröffentlichung der Commanditengesellschaft voraussetzend, die Deutschen Stadtrechte an, welche den stillen Gesellschafter nur „nach Anzahl" des Commanditencapitals haften lassen. Z. B. Nürnberger Privileg von 1464. Frankf. Reform. II. 23. §. 12. Lüneb. Stadtr. II. 23. §. 10. Vgl. auch Fischer Oesterr. Handelsr. §. 111. Not. 3.

antheiligen Berichtigung noch unbezahlter Societätsschulden erforderlich ist. Hat der Complementar ihn früher, ohne betrügerische Absicht gegen die Gläubiger, seiner Verbindlichkeit entlassen, oder stehen dem Commanditisten Gegenforderungen gegen den Complementar zu, so hat die Gläubigerschaft keinen Anspruch. War jedoch die Existenz der Gesellschaft veröffentlicht, so sind die Handlungsgläubiger, und nur diese, aus eigenem Recht, die Einzahlung des Commanditengeldes zu ihrer ausschließlichen und bis zur vollständigen Befriedigung zu fordern befugt.

In dieser Weise genügt das bestehende Recht gleichmäßig den gegründeten Ansprüchen der Privatgläubiger wie der Handlungsgläubiger des Complementars. Die unnöthige Bildung zweier Concursmassen und die unbillige Ausschließung der Privatgläubiger vom Handlungsvermögen*) wird vermieden, zugleich aber den Handlungsgläubigern das wichtige Vorrecht gewährt, auch den Commanditisten auf Höhe seiner Societätsforderung im Concurse des Complementars behufs Rückgabe seines noch unverhandelten Capitals, oder auf Höhe seiner noch nicht eingeschossenen Commanditengelder zum Schuldner zu haben, sofern ihnen durch Veröffentlichung des Societätsverhältnisses die Mithaftung desselben versprochen ist.

Die Beibehaltung dieser durchaus zweckmäßigen Normen für das Deutsche Handelsgesetzbuch dürfte nicht zweifelhaft erscheinen.

II. Daß der neueintretende stille Gesellschafter für die vor seinem Eintritt contrahirten Handlungsschulden mitverantwortlich sei, läßt sich für diesen noch weniger als für den offenen Associé begründen**) (vgl. Erste Abth. S. 71—75). Dieser wird in der Regel nur beabsichtigen, sein Capital in Erwartung vortheilhaften Geschäftsbetriebs günstig anzulegen; wie er nicht seine ganze öconomische Existenz einsetzt, ist er auch nicht

*) Nachträglich mag hier für die offene Handelsgesellschaft bemerkt werden, daß nach zuverlässigen Nachrichten auch die Badische Praxis, ungeachtet der Geltung des französischen Rechts, gegen das Vorzugsrecht der Gesellschaftsgläubiger ist. Ebenso die Sächsische (Haubold, herausg. von Hänsel, I. S. 440. 441), und die Praxis des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck (Souchay Anmerk. zur Frankf. Reform. I. S. 495—500). Vgl. auch die Anmerkung des Herausgebers zu Seuffert's Archiv VI. S. 424. Die dort abgedruckte Entscheidung verwechselt die Rechte der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger.

**) Darum verneint hier selbst Brinckmann S. 225 die Haftung.

Willens, für die Vergangenheit und die kaufmännische Ehre des Complementars miteinzustehen. Mit dem Entwurf die vorgängige Liquidation fordern, heißt den so nützlichen Beitritt stiller Gesellschafter unsäglich erschweren. Ja auch das mildere System ist schon aus dem Grunde verwerflich, weil der Commanditist, sofern nicht die Existenz der Gesellschaft veröffentlicht wird, gar kein Mittel hat, weder um sein Nichthaftenwollen noch um sein Haftenwollen den Gläubigern kund zu thun. Der Erwerber einer Aktie in einer Commanditengesellschaft auf Aktien haftet freilich auch für die älteren Schulden, aber nicht weil er als neuer Gesellschafter eintritt, sondern weil er mit der Aktie in die Rechte und Pflichten seines Vorbesitzers succedirt.

III. Die Compensationsfrage (vgl. Erste Abth. S. 75 bis 79) beantwortet sich hier sehr einfach aus der Natur des Verhältnisses.

Der Complementar erscheint unter allen Umständen als einziger Geschäftsherr, ist daher unbedingt zur Disposition über die Gesellschaftsactiva berechtigt, und zur Zahlung der Gesellschaftspassiva verpflichtet — Privatvermögen und Handlungsvermögen sind in ihm ununterscheidbar vereinigt. Gegen ihn findet somit unbeschränkte Compensation mit der vollen Societätsschuld wie mit seiner vollen Privatschuld, für ihn unbeschränkte Compensation mit der vollen Societätsforderung wie mit seiner vollen Privatforderung statt. Die Compensation ausschließen, heißt die juristische Idee der Commanditengesellschaft ohne alle Noth einer schädlichen Fiktion opfern, unnütze Weiterungen und, falls der Complementar nur seinen eigenen Namen oder seine eigene Firma als Gesellschaftsfirma braucht, zahlreiche Streitigkeiten herbeiführen, was als Privatforderung resp. Privatschuld, was dagegen als Gesellschaftsforderung resp. Gesellschaftsschuld anzusehen sei. Der Commanditist kann dadurch benachtheiligt werden — allein in nicht höherem Grade als durch anderweitige Dispositionen, welche dem Complementar durch den in der Idee des Instituts begründeten unbedingten Credit von Seiten des Ersteren ermöglicht werden. Wo der Complementar nur formell Geschäftsherr ist, dürfen die Commanditisten sich um so weniger beklagen, da sie eine zur Erreichung ihrer Zwecke ganz ungeeignete Societätsform gewählt haben.

Umgekehrt ist für und gegen den Commanditisten jede Compensation mit Societätsforderungen und Societätsschulden gegen seine Privatschulden und Privatforderungen ausgeschlossen. Denn in Betreff

der Societätsforderungen mangelt ihm nicht allein die Disposition, sondern auch jeder Antheil an denselben; die Societätsschulden dürfen von ihm auf keinerlei Art eingefordert werden, weil er selbst im Falle des veröffentlichten Societätsverhältnisses nur der Gemeinschaft der Handelsgläubiger für den Passivsaldo mit dem noch unverzehrten Theile seines Commanditencapitals haftet (vgl. oben S. 45).

IV. Der Bestimmung in Betreff des Gerichtsstandes ist hier, wie bei der offenen Gesellschaft (Erste Abth. S. 79. 80) beizutreten. Der Complementar wird somit stets am Etablissementsort belangt werden dürfen; hingegen der Commanditist, soweit überhaupt eine Klage gegen ihn zulässig ist, nur alsdann, wenn die Existenz des Societätsverhältnisses veröffentlicht ist.

V. Der art. 122 (art. 117 des Rev. Entwurfs), welcher nach art. 155 auch auf die stille Gesellschaft Anwendung finden soll, müßte in dem gewöhnlichen Falle, wo die Gesellschaft nur Einen Complementar hat, zu dem seltsamen Resultate führen, daß zunächst der Complementar als Vertreter der Gesellschaft und alsdann wiederum nur derselbe als Selbstschuldner zu belangen wäre. Ist der Complementar eine offene Gesellschaft, so sprechen gegen diese Bestimmung die in der ersten Abtheilung (S. 80. 81) entwickelten Gründe. —

Die einzelnen Sätze somit, welche theils ausdrücklich aus der juristischen Persönlichkeit der Commanditengesellschaft abgeleitet werden, theils als weitere Consequenzen sich aus derselben ergeben würden (vgl. Erste Abth. S. 83. 84), sind durchaus verwerflich, diese selbst mit der leitenden Idee dieses Rechtsinstituts unverträglich (vgl. oben S. 44). Die Commanditengesellschaft ist allerdings eine Einheit, die jedoch zusammengehalten wird nicht durch eine künstliche Person, sondern durch die natürliche Person des Complementars.

Unter den Deutschen Schriftstellern fordert nur Gelpke (Zeitschr. II. S. 69. 70), daß die Gesetzgebung diesen neuen Weg betrete, weil die besondere Stellung des Commanditisten eine scharfe Sonderung zwischen der Gesellschaft und deren einzelnen Mitglieder erforderlich mache. Wirklich erforderlich ist jedoch nur die Scheidung des Geschäftsherrn von den bloßen Geldeinlegern, wie sie schon nach bestehendem Recht mit voller Consequenz durchzuführen ist.

Findet sich für die offene Gesellschaft die Idee einer juristischen Persönlichkeit schon bei manchen Italiänischen Schriftstellern ange-

deutet, so ist doch diese Fiktion niemals auf die Accomandita bezogen worden. Die Veröffentlichung des Societätsverhältnisses, mag sie vorgeschrieben sein oder von der Willkühr der Betheiligten abhängen, ändert hierin nichts *), — die Bedeutung dieser Veröffentlichung ist oben entwickelt.

Auch Brinckmann (S. 225. 214. 215), Bluntschli (II. S. 108) und Beseler (III. S. 301), welche der offenen Handelsgesellschaft eine besondere Rechtssubjectivität beilegen, verwahren sich ausdrücklich gegen jede Anwendung ihrer Theorie auf die Commanditengesellschaft. —

Für die Organisation derselben im Einzelnen enthält der Entwurf folgende Bestimmungen.

Derselbe scheidet zunächst zweckmäßig die einfache Commanditengesellschaft (Abschn. 1. art. 144—155) von der complicirteren Commanditengesellschaft auf Aktien (Abschn. 2. art. 156—177). Ist auch der juristische Grundgedanke für beide derselbe, so pflegt doch ihre wirthschaftliche Bedeutung verschieden zu sein **), und ihre Organisation wird demgemäß in wichtigen Beziehungen abweichen.

Erster Abschnitt. Von der stillen Handelsgesellschaft im Allgemeinen.

Die Abhängigkeit vom französischen Recht erscheint hier auf die Spitze getrieben.

I. Gleich die Definition des art. 144 alin. 1:

> Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn ein oder mehrere Gesellschafter sich nur durch Vermögenseinlagen betheiligen (stille Gesellschafter), während ein oder mehrere Gesellschafter persönlich und solidarisch haften,

mit welcher zu verbinden ist art. 147:

> Der stille Gesellschafter haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur mit der Einlage,

ist nur eine wenig modificirte Uebersetzung der art. 23. 26 des Code de commerce.

---

*) Worauf viele französische Schriftsteller, z. B. Troplong, ein ganz ungebührliches Gewicht legen.

**) Ueberschätzt wird die Bedeutung dieses Unterschiedes von Schäffle in der Deutschen Vierteljahrsschrift 1856. 4. Heft S. 263. 264. 267.

Es erscheint jedoch unlogisch, die Betheiligung durch bloße Vermögenseinlagen der Haftung nach außen entgegenzustellen. So wenig, namentlich nach dem System des Entwurfs, die Stellung des Commanditisten nur dem Complementar gegenüber in Betracht kommt, so wenig dieser nur den Gläubigern gegenüber. Man hat die Wahl, entweder die innere Seite der Commanditengesellschaft, oder deren äußere, oder auch beide zur Definition zu benutzen. Am zweckmäßigsten hält man sich an die äußere, als die allein unabänderliche. In dieser Beziehung bildet jedoch nicht die bloße Betheiligung mit Vermögenseinlagen — es dürfen übrigens auch Arbeitseinlagen sein — sondern die Nichthaftung über die Einlage hinaus das charakteristische Moment in der Stellung des Commanditisten, während die unbeschränkte Haftung den Complementar kennzeichnet, die solidarische aber, nach dem System des Entwurfs, Beiden gemeinsam ist (vgl. oben S. 2).

An die Stelle der art. 144 alin. 1. 147 würde folgende Begriffsbestimmung zu treten haben:

> Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn einer oder mehrere Gesellschafter unbeschränkt und solidarisch haften, einer oder mehrere dagegen nur bis auf den Belauf ihrer Einlagen einstehen.

Das aus art. 24 des Code de commerce entnommene alin. 2 des art. 144 dürfte nach dem Vorschlag der Berliner Commission (Protok. S. 37) besser fortfallen. Es enthält einen Lehrbuchsatz und kann leicht zu Verwirrungen führen.

II. Die Errichtung der stillen Gesellschaft soll nach art. 145 denselben Förmlichkeiten unterliegen, welche art. 92 für die offene Gesellschaft feststellt*), jedoch mit der wichtigen und jedenfalls nothwendigen Modification, daß der zu registrirende Vertragsauszug nicht die Namen der stillen Gesellschafter, sondern nur den Betrag ihrer Einlagen anzugeben braucht. Die Folgen der Nichtbeobachtung dieser Vorschriften sind ähnlich wie bei der offenen Gesellschaft (vgl. oben S. 3—12) dahin festgestellt, daß zwar der Gesellschaftsvertrag nichtig ist, von Dritten jedoch der Complementar unbeschränkt in

*) Die dreitägige Frist für die Registrirung an Stelle der achttägigen des art. 92 ist wohl nur durch ein Versehen aus art. 152 des ersten Entwurfs herübergenommen.

Anspruch genommen werden darf, und der Commanditist mit seinem Anspruch auf Rückgabe des Commanditencapitals den Handlungsgläubigern nachsteht (art. 46).

Gegen dies, nach dem Vorgang des Code de commerce, von vielen neueren Handelsgesetzbüchern angenommene System sprechen indeß, soweit es sich um die einfache Commanditengesellschaft handelt, sehr erhebliche Bedenken. Es widerstrebt, wie früher ausgeführt worden, entschieden dem bestehenden Deutschen Recht, welches die schriftliche Errichtung und namentlich die Veröffentlichung dem Ermessen der Betheiligten überläßt, wie der Deutschen Sitte, welche von dieser Veröffentlichungsbefugniß nicht allzuhäufig Gebrauch macht*). Es ist der Ausfluß einer Bevormundungspolitik, welche unter Umständen vielleicht ihren Zweck erreicht, sehr viel häufiger aber verfehlt. Die befürchteten Mißbräuche, welchen die Registrirungsvorschrift entgegenwirken soll (vgl. oben S. 7 a. E.), sind in Frankreich nicht gehoben, und haben sich bisher in Deutschland nicht gezeigt. Hat keine Veröffentlichung des Societätsverhältnisses stattgefunden, so ist das Publikum lediglich dem Credit des Unternehmers gefolgt, es durfte nicht erwarten, neben diesem noch einen zweiten Schuldner zu finden. Allerdings kann dieser Credit ganz oder theilweise in der scheinbaren Leistungsfähigkeit des Complementars beruhen, zu welcher ihn die Commanditencapitalien in Stand setzen, und es ist denkbar, daß Collusionen mit dem Complementar dem nicht protocollirten Commanditisten die Zurückziehung seiner Capitalien zum Nachtheil der Gläubiger ermöglichen (Motive S. 76. 77). Allein darf das Mißtrauen zum Ausgangspunkt der Gesetzgebung genommen werden? Tritt nicht eben dieser Nachtheil ohne jede Collusion und vollkommen erlaubter Weise bei vielen Creditgeschäften, z. B. dem Darlehn und Depositum, ein, und erscheint es räthlich, durch den Zwang der Registrirung diese für den Unternehmer wie für dessen Gläubigerschaft sehr viel ungünstigeren Verhältnisse (vgl. oben S. 41. 42) der Commanditengesellschaft gegenüber zu begünstigen? Daß das

---

*) Vgl. oben S. 44 und **Brinckmann** §. 55. Auch in England, wo die Frage sorgfältiger Prüfung unterzogen ist, hat die Law Amendment Society, von welcher die bedeutendsten Fortschritte in der Gesetzgebung ausgehen, sich gegen die Zweckmäßigkeit der Registrirung ausgesprochen: Law Review Vol. XXII. p. 138 ff. p. 399 ff., namentlich p. 403 ff.

Publikum durch die Anzeige der Commanditencapitalien in den Stand gesetzt sei, die Höhe des dem Complementar zu gewährenden Credits sicher zu bemessen, ist ganz irrig, da für einfache Commanditengesellschaften eine periodische Bekanntmachung des Vermögensstandes weder üblich ist, noch angeordnet werden kann (vgl. Erste Abthl. S. 67 No. 2).

Der einzige mögliche Vortheil der Registrirungspflicht wird somit durch sehr erhebliche Nachtheile aufgewogen. Besser, man hält am bestehenden Recht fest, und überläßt es den Betheiligten, in welcher Weise sie dem Publikum gegenüber auftreten wollen.

Auch die schriftliche Abfassung des Societätsvertrags ist, bei der gemessenen*) Haftung der Commanditisten und der wenig complicirten Organisation dieser Gesellschaft, kein dringendes Bedürfniß. Dagegen spricht die durchaus zu vermeidende Zurücksetzung gegen die gefährlicheren Creditgeschäfte, und die Wahrscheinlichkeit, daß der Mangel der für die Commanditengesellschaft vorgeschriebenen Form eine sichere Handhabe zur Vorschützung solcher Creditverhältnisse bieten würde.

Hielte man indeß an diesen Vorschriften fest, so dürfte deren Nichtbefolgung doch niemals mit der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages geahndet werden. Es würde völlig ausreichen, den nicht registrirten Commanditisten einem registrirten gleichzustellen, allenfalls sämmtliche Contrahenten mit einer fiscalischen Geldstrafe zu bedrohen. Das Präjudiz der Nichtigkeit erscheint nicht nur, wie oben ausgeführt worden, als schreiende Verletzung alles guten Glaubens; es würde auch den Gläubigern den empfindlichen Nachtheil bereiten, daß der Commanditist sich gar häufig auf die Nichtigkeit berufen wird, um der weiteren Einschußpflicht zu entgehen. Man wollte denn so weit gehen, den Gläubigern trotz der mangelnden Veröffentlichung auch eine Klage auf den noch rückständigen Einschuß zu gewähren! —

III. Nach bestehendem Recht kann die Commanditengesellschaft eine Firma haben — nämlich falls deren Existenz veröffentlicht ist

*) Es ist nicht Leichtsinn, wenn ein Rentier einem renommirten Handlungshause ohne schriftlichen Vertrag für 10,000 Thlr. als Commanditist beitritt; wenn ein Handlungsgehülfe ein kleines erspartes Capital seinem Prinzipal auf Gewinn und Verlust ohne Societätsurkunde anvertraut; wenn durch mündliche Abrede ein Commis statt festen Salairs eine Tantième ausbedingt. Die oben S. 4. 6 für die offene Gesellschaft entwickelten Gründe treffen hier nicht zu.

(vgl. oben S. 45). Der Entwurf, welcher diese Veröffentlichung gebietet, legt ihr, wie der Code de commerce art. 23. 25, stets eine Firma bei, welche:

1. den Namen wenigstens eines der persönlich haftenden Gesellschafter mit einem das Vorhandensein der Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten muß (art. 22);
2. nicht den Namen eines stillen Gesellschafters enthalten darf, widrigenfalls derselbe unbeschränkt haftet. Ausnahmsweise darf der Name eines ausgetretenen offenen Gesellschafters, welcher beim Geschäft als Commanditist betheiligt bleibt, in der Firma verbleiben (art. 148).

Die erste Vorschrift mußte schon früher als ungerechtfertigt zurückgewiesen werden (Erste Abth. S. 18). Daß wegen eines stillen Gesellschafters der Zusatz et Comp. angenommen werden dürfe, mag, bei der entgegenstehenden Norm des Oesterreichischen Rechts, ausdrücklich festgestellt werden; daß dieser Zusatz in allen Fällen angenommen werden müsse, ist zwar consequent aber ohne praktischen Vortheil, weil derselbe ebensowohl auf eine offene, wie auf eine stille Gesellschaft hindeuten kann. Höchstens dürfte er dazu dienen, die Handelsgeschäfte des Complementars von seinen Privatgeschäften erkennbar zu sondern.

Vollkommen begründet dagegen erscheint der Ausschluß des Commanditisten aus der Gesellschaftsfirma, zumal nach dem System des Entwurfs, welcher in derselben nur die Namen der wirklichen Geschäftsinhaber dulden will. Die hinzugefügte Ausnahme dagegen ist nicht allein inconsequent, sondern auch wirklich gefährlich. In Holland (Holl. Handelsges. art. 30) mag sie weniger nachtheilig wirken, weil dort die Firma beliebige Namen enthalten darf.

IV. Wohl die bedenklichste unter allen dem französischen Bevormundungssystem entlehnten Beschränkungen enthält der art. 149:

> Ein stiller Gesellschafter, welcher Namens der Gesellschaft Rechtshandlungen vornimmt, oder für dieselbe auch nur als Faktor oder Bevollmächtigter Geschäfte führt, haftet den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch.
>
> Jedoch findet diese Bestimmung auf die Theilnahme an den Berathungen und an der inneren Verwaltung der Gesellschaft keine Anwendung.

Vergegenwärtigen wir uns zunächst deren Tragweite.

Wahrscheinlich hat man dem stillen Gesellschafter nicht die Möglichkeit nehmen wollen, als Commissionär der Gesellschaft deren Geschäfte zu besorgen, weil bei Commissionsgeschäften der Gesichtspunkt des Contrahirens mit dem Committenten gegen das Contrahiren für denselben überwiegt, zumal auch die Französische Praxis*) in diesem Punkte einig ist — doch läßt die Fassung darüber Zweifel.

Dagegen ist, mit dem Reichshandelsgesetzentwurf art. 67, die Theilnahme an der inneren Verwaltung ausdrücklich dem Verbot entzogen, und hiedurch mindestens theilweise den unerquicklichen Streitfragen vorgebeugt, welche in Frankreich über die Bedeutung des acte de gestion und der affaires de la société in großer Zahl aufgetaucht und zur Zeit noch unerledigt sind**).

Der Commanditist läuft somit keine Gefahr, wenn er sich die beständige Aufsicht, seine Zuziehung mit entscheidender Stimme bei allen wichtigeren oder unwichtigeren Fragen vorbehält, überhaupt wenn er alle Funktionen eines im Geschäftsbetrieb thätigen Gesellschafters ausübt. Nur die Eingehung von Rechtsgeschäften auf Rechnung und im Namen der Gesellschaft — d. h. als Stellvertreter, Repräsentant derselben — ist ihm untersagt, und zwar schlechthin ohne Unterschied der Wichtigkeit des Geschäfts***). Er darf weder Disponent, noch Cassirer, noch Handlungsreisender, noch Ladendiener sein; weder einen Geschäftscomplex noch einzelne Geschäfte verrichten; weder vermöge seiner Eigenschaft als Gesellschafter — also kraft eigenen Rechts und kraft präsumtiver Vollmacht der Uebrigen — noch vermöge einer Stipulation des Gesellschaftsvertrages, oder vermöge besonderer Bevollmächtigung des Complementars.

---

*) Nach dem Staatsrathsgutachten vom 29/8 1809. Ausdrücklich auch Neapol. Handelsges. art. 42. Sardin. art. 37.

**) Man streitet darüber, wie weit die Ueberwachung des Geranten gehen, ob ein Einspruch gegen dessen Handlungen auch Dritten gegenüber erklärt werden dürfe; ob auch mechanische Dienstleistungen verantwortlich machen 2c. Z. B. Les Codes annotés ed. Gilbert ad Code de com. art. 27. 28. Troplong no. 420 ff. Malpeyre et Jourdain p. 149 ff. Alauzet no. 160 ff.

***) Die französischen Juristen streiten darüber. Wahrscheinlich hat der Code de com. nur die eigentliche Geschäftsleitung, die Disponentenstellung, verbieten wollen. Für die strengere Ansicht: Pardessus no. 1030. Malpeyre et Jourdain p. 151. Für die mildere: Troplong no. 435. 436. Alauzet no. 162.

Eine genauere Prüfung dürfte zeigen, daß dies Verbot weder nothwendig, noch geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen; daß es sich leicht umgehen läßt, und ernstliche Nachtheile mit sich führt. Die Uebereinstimmung der neueren Handelsgesetzbücher entscheidet für seine Zweckmäßigkeit nicht, da kritikloses Copiren des französischen Rechts fast bei jedem derselben sich wiederholt. Wohl aber spricht dagegen, außer der Stimme bewährter Französischer und Deutscher Schriftsteller*), der uralte entgegenstehende Handelsbrauch, der lebhafte Widerstand, welchen der französische Handelsstand demselben entgegengesetzt**), und das Gutachten der Berliner Sachverständigenkommission, welche dessen Streichung beantragt hat (Protok. S. 38. 47).

In der Regel sucht man dasselbe durch zwei Gründe zu stützen: durch die Gefahr der Täuschung des Publikums über den wahren Charakter der handelnden Personen; und durch die Gefahr, welche gewagte Speculationen des Commanditisten weniger ihm als der Gesellschaft und deren Gläubigern bereiten könnten. Beiden Gefahren helfe das Verbot wirksam ab.

1. Zur Beseitigung des erstgedachten Uebelstandes bedarf es dieser exorbitanten Ausnahmevorschrift gar nicht.

Auch das bestehende Deutsche Recht erkennt dem Commanditisten keinen Anspruch auf die Geschäftsführung zu, er braucht nicht, wie der offene Gesellschafter, von derselben ausgeschlossen zu werden. Allein nichts hindert ihn, sei es in Folge ausdrücklicher Bestimmung des Societätsvertrages oder kraft Ermächtigung des Complementars, die Gesellschaft auch nach außen zu vertreten. Seine Verantwortlichkeit steigt darum nicht, so lange er vermeidet, das Publikum absichtlich oder fahrlässig über seine Stellung irre zu führen. Nur alsdann haftet er unbeschränkt, wenn er sich als Geschäftsherr, wie ein offener Gesellschafter, gerirt: wenn er Vertretungshandlungen für die Societät verrichtet, ohne den mit seiner wahren Stellung unbekannten Dritten über dieselbe zu belehren, wenn er demselben sei es seine beschränkte Verbindlichkeit oder sein Bevollmächtigungsverhältniß

*) Z. B. Frémery p. 59—62. Mittermaier §. 556. V. Brackenhöft in Weiske's Rechtslex. V. S. 81. Treitschke S. 171. Walter S. 336.

**) Vgl. die Erklärungen der bedeutendsten französischen Handelsstädte bei Troplong n. 422 not. 2, und Frémery a. a. O.

verschweigt. Auch vermag er alsdann der unbeschränkten Haftung nicht durch den Einwand zu entgehen, daß er bei Veröffentlichung des Societätsvertrages gar nicht oder doch nur als Commanditist genannt sei — solche Erkundigungs- und Erinnerungspflicht darf dem Publikum nicht aufgebürdet werden*).

Das bestehende Recht läßt somit die wirkliche Täuschung Dritter nicht ungeahndet, allein die bloße Möglichkeit derselben genügt ihm nicht, die Geschäftsführung überhaupt zu untersagen. Man darf den Verfassern des Entwurfs vollständig beistimmen, daß der wirksamste Schutz gegen gefährliche Täuschung des Publikums nur dadurch gewährt werde, wenn „der stille Gesellschafter, welcher durch seine Handlungen Dritte zu der Annahme veranlaßte, als sei er ein offener Gesellschafter, diesen gegenüber auch als ein solcher haften müsse“ (Motive S. 78) — allein man begreift nicht, weshalb das Publikum auch alsdann „geschützt“ werden solle, wenn es gar keines Schutzes bedarf, weshalb der Dritte einen ganz unerwarteten Vortheil erlangen solle, wo er über die Qualität des Commanditisten gar nicht in Zweifel war. Daß in allen, oder auch nur in den meisten Fällen solche Täuschung eintreten werde, ist völlig grundlos. Man verwechselt die Möglichkeit der Erscheinung mit der Erscheinung selbst, wie die Französischen Juristen, welche behaupten, daß der Commanditist durch Verwaltungsakte seine Persönlichkeit zur Creditquelle mache, d. h. sich als offenen Gesellschafter gerire, und um deswillen das Privileg (!) der beschränkten Haftung nicht ansprechen dürfe**).

Daß es in vielen Fällen schwierig sein mag „eine bestimmte

---

*) Vgl. Meine Abhandlung S. 41—45. Brinckmann S. 222. 223.

**) Troplong no. 420. Malpeyre et Jourdain p. 150. Motive zum Reichshandelsges. S. 126. Ungefähr auf dasselbe kommt die vielfach nachgeschriebene Behauptung im discours préliminaire zum Project des Code de commerce hinaus: es sei die eigene Geschäftsführung mit der Stellung des Commanditisten um deswillen unvereinbar, weil dessen beschränkte Haftung darauf beruhe, daß er nicht an der Geschäftsleitung Theil genommen „parcequ' il n'est pas gérant, et qu' on ne peut répondre des actions auxquelles on n'a point participé“! Die Richtigkeit der obigen Ausführung erkennen auch die Verfasser des Entwurfs an, wenn sie bei der Commanditengesellschaft auf Aktien das Verbot für weniger nothwendig erklären „wegen der thatsächlich größeren Publicität des Gesellschaftsvertrages“ (Motive S. 87).

Grenze zwischen der selbstständigen Geschäftsführung und der Geschäftsbesorgung als Faktor oder als Bevollmächtigter zu ziehen" (Motive S. 78) ist richtig — allein in jedem Falle, wo dem Commanditisten eine Verdunkelung seiner wahren Stellung zur Last fällt, ist seine unbeschränkte Haftung zweifellos.

2. Gewichtiger könnte der zweite Grund erscheinen, welchen wir gleichfalls in den Motiven angedeutet finden. Das Commanditengeld, fürchtet man, werde vom Commanditisten verschleudert oder zur eigenen Deckung benutzt, die Gläubigerschaft schließlich an einen mittellosen Geranten als einzigen Schuldner verwiesen werden *).

Die weiteren Ausführungen dieses Themas bei französischen Schriftstellern sind nur Variationen des Gedankens, welchen schon Regnaud de Saint Jean d'Angely bei der Berathung des französischen Handelsgesetzbuchs ausgesprochen hat **):

> — il importait d'empêcher les speculations frauduleuses faites avec audace, sous un nom inconnu, à l'aide duquel on faisait les plus hasardeuses opérations du commerce, de banque ou d'agiotage, et qu'on livrait en cas de mauvais succès, au déshonneur obscur d'une banqueroute calculée d'avance.

Gewiß war zu Anfang dieses Jahrhunderts der gerügte Mißbrauch in Frankreich überaus häufig, wie zur Zeit der entgegengesetzte Uebelstand Abhülfe zu fordern scheint, und wie man damals den Geranten und das Publikum gegen die Commanditisten, so sucht man jetzt die Commanditisten und das Publikum gegen den Geranten zu schützen (vgl. oben S. 37). In Deutschland weiß man bisher von diesen Uebelständen nichts — will man den Deutschen Handelsstand den periodischen legislativen Experimenten Frankreichs unterwerfen, so müßte man mindestens nachzuweisen vermögen, daß Mißbräuche der Art überall auch nur wahrscheinlich sind, und daß die vorgeschlagene Maaßregel denselben abhilft. Die erste Behaup-

*) Troplong no. 422. Malpeyre a. a. O. Morstadt S. 68. Würtemb. Entw. Motive S. 213. Reichhandelsges. Motive S. 126.

**) Exposé des motifs des titres I à VII du livre Ier du Code de commerce, présenté au corps législatif — Séance du 1er sept. 1807.

tung wird durch die Erfahrung widerlegt*), der Beweis der zweiten müßte völlig mißlingen.

Man will den Geranten schützen und das Publikum.

Der **Gerant** soll kein Strohmann sein.

Der Zweck ist gut, das gewählte Mittel jedoch ganz unzureichend. Ist der Gerant ein Mann von Charakter, Vermögen, Unternehmungsgeist, so wird er schwerlich eine allzugroße Beschränkung seiner Alleinherrschaft dulden. Ist er dagegen nichts von alle dem, ist er ein bloßes Werkzeug der stillen Gesellschafter, vollführt er nur deren Willen, so erscheint es als gleichgültig, ob die wirklichen Geschäftsherren hinter der Scene wirken — wozu ihnen nach dem Entwurf vollkommene Freiheit bleibt —, oder ob sie neben dem Geranten an dem Handelsbetrieb nach außen sich betheiligen; ob der Gerant die Geschäfte macht, welche die Commanditisten ihm vorschreiben, oder ob diese selbst im Namen der Gesellschaft sie abschließen.

Die Gefahr für das **Publikum** ist in beiden Fällen gleich groß, ja noch größer im ersten, weil die stillen Gesellschafter doch mindestens den Verlust des Gesellschaftsvermögens riskiren, und darum vorsichtiger zu Werke gehen dürften als der Schatte von Gerant „der Mann ohne Ehre und Vermögen". Einem solchen wird auch das Publikum schwerlich trauen, weder seinem Wollen noch seinem Können, und thut es das dennoch, so mag es seinen Verlust nicht dem ungenügenden Gesetz, sondern seiner eigenen Leichtgläubigkeit beimessen. Gegen Täuschungen über die Stellung der handelnden Personen ist es, wie oben gezeigt worden, hinlänglich gesichert.

Das Verbot ist somit nicht allein nutzlos, es läßt sich auch direct auf die leichteste Weise umgehen. Der Commanditist, welchem der Gerant die Einmischung in die Geschäftsführung gestattet, wird zwar nicht im Namen der Gesellschaft, aber doch als deren Commissionär, voraussichtlich gegen gehörige Deckung, Geschäfte machen, und sich obenein seine Thätigkeit noch besonders bezahlen lassen. Oder statt Commanditengeld auf Gewinn und Verlust hinzugeben, gewährt man dem Geranten ein verzinsliches Darlehn und tritt überdies als Handlungsgehülfe mit Gewinnantheil bei demselben ein — ein Verhältniß, auf welches wir sogleich zurückkommen.

---

*) Wenigstens für die einfache Commanditengesellschaft, auf welche allein, nach art. 169, das Verbot sich bezieht.

Endlich ist das Verbot von gewichtigen Nachtheilen begleitet. Es wird genügen, auf folgende hinzuweisen:

1. Man entzieht dem Geranten die Hülfe gerade derjenigen Personen, welche am Gedeihen des Geschäfts hauptsächlich interessirt sind. Man verweist ihn auf besoldete Diener, deren Thätigkeit durch keinen Sporn belebt ist. Hält man es für zulässig und sogar zuträglich, die Beamten und Vorsteher einer Aktiengesellschaft aus den Aktionären zu nehmen, warum den Commanditisten die Möglichkeit einer ähnlichen Stellung entziehen? Oder sollte auch in dieser Beziehung die staatliche Genehmigung und Oberaufsicht jeden Mißbrauch undenkbar machen?!

2. Man tritt dem sicherlich vortheilhaften Gebrauch entgegen, daß tüchtige Handlungsgehülfen und Fabrikarbeiter ohne ihre Stellung aufzugeben, mit ihren ersparten Capitalien sich als Commanditisten am Geschäftsbetrieb ihres Prinzipals betheiligen.

3. Man verhindert endlich eine der wohlthätigsten und zukunftreichsten Capitals- und Arbeits-Verbindungen, nämlich die Besoldung der Handlungsgehülfen nicht in festen Lohnsätzen, sondern in Gewinnantheilen, mit theilweisem oder gänzlichem Verlust der Arbeitsvergütung falls das Unternehmen mißglückt: eine Commanditeneinlage somit nicht in Capital, sondern in Arbeit (vgl. oben S. 37). In neuerer Zeit hat man dieses System mit Glück auch auf industrielle Anlagen angewendet, jeder Arbeiter wird durch die Aussicht auf einen Gewinnantheil unmittelbar am Fortgang des Geschäfts interessirt. Unter den Gründen, welche in England für die Einführung der Commanditengesellschaft geltend gemacht werden, steht dieser obenan.

Daß ein solches Verhältniß im Wesentlichen als Societät aufgefaßt werden müsse, wenngleich nicht als eine reine, sondern durch den Dienstvertrag modificirte*), ist gar nicht zweifelhaft. Die Autorität von Cropp (Jur. Abhandl. I. S. 4. 5) hat man mit Unrecht für das Gegentheil angerufen. Der früher erwähnte Englische Gesetzesvorschlag von 1856 zählt darum dasselbe

---

*) Vgl. Erste Abth. S. 28 u. Meine Abhandl. S. 31—33. Allenfalls ein societätsähnlicher Innominatcontract (Thöl §. 23 Not. 20). Vgl. auch Frey in Elvers Themis II. S. 393. Treitschke S. 18. Fischer Oesterr. Handelsr. §. 124.

ausdrücklich unter den fortan statthaften Formen der Commanditengesellschaft auf*). Freilich glauben Manche, es der Herrschaft des französischen Verbots entziehen zu können — bald, indem sie darauf Gewicht legen, daß der Code de commerce nur den Capitaleinlegern die Geschäftsführung untersage (z. B. Cropp) — bald, indem sie es irriger Weise nicht unter den Societätsvertrag, sondern unter den Lohnvertrag subsumiren**). Die Anwendbarkeit des hier besonders schädlichen Verbots wird freilich dadurch ausgeschlossen, aber zugleich übersehen, daß die Gründe desselben, wären sie überhaupt haltbar, für diesen Fall besonders gewichtig sein müßten.

An Stelle des art. 149 würde die nachstehende Vorschrift, dem bestehenden Recht wie dem Handelsbedürfniß entsprechend, zu setzen sein:

> Der stille Gesellschafter erlangt das Recht zur Geschäftsführung nur durch ausdrückliche Bestimmung des Societätsvertrages oder durch Ermächtigung des Complementars. Gerirt er sich Dritten gegenüber schlechthin als Gesellschafter, so haftet er diesen wie ein offener Gesellschafter.

V. In Betreff der Antheile am Gewinn und Verlust, deren Berechnung und Vertheilung enthalten die art. 151. 152 folgende Vorschriften:

1. Gewinn und Verlust sind im Zweifel nach Verhältniß der Einlagen zu vertheilen. Wer keine Vermögenseinlage gemacht hat, steht rücksichtlich der Gewinnvertheilung demjenigen Gesellschafter gleich, dessen Vermögenseinlage die kleinste ist (art. 151 alin. 2).

Die Regel ist richtig, sofern es sich um das Verhältniß der Commanditisten zu einander handelt; sie ist unbedingt verwerflich, wo die Stellung des Complementars zu den Commanditisten in Frage kommt. Der Herr des Geschäfts kann im Zweifel nicht mit dem Antheil abgespeist werden, welchen die geringste Capitaleinlage

---

*) Legal Observer vol. 52. p. 189.

**) Vincens exposition raisonnée p. 313. Troplong no. 46. Span. Handelsges. art. 269. Sardin. Handelsges. art. 32. Morstadt S. 68. Not. 78. Brinckmann S. 207. Manche Schriftsteller, z. B. Pardessus no. 969. 1030, nehmen zwar einen Lohnvertrag an, wollen aber dennoch solchen Handlungsgehülfen unbeschränkt haften lassen!

bezieht. Aber auch gegen Kopftheile (vgl. oben S. 20. 21) sprechen hier entscheidende Gründe, namentlich die beschränkte Haftung des Commanditisten. Am gerechtesten dürfte noch, wenn nicht, mit Brinckmann, auf jedes gesetzliche Prinzip verzichtet werden soll, für die einfache Commanditengesellschaft folgende Combination sein:

Gewinn und Verlust fallen zur Hälfte dem Complementar, zur Hälfte den Commanditisten zu. Mehreren Complementaren gegenüber erhalten mehrere Commanditisten zusammen nur einen Kopftheil, an welchem sie unter einander nach Verhältniß ihrer Einlagen participiren. Arbeitseinlagen eines Commanditisten stehen den geringsten Capitaleinlagen gleich.

2. Zinsen werden im Zweifel von den Einlagen nicht berechnet (art. 151. alin. 2).

Das entspricht den oben für die offene Gesellschaft vertheidigten Prinzipien (S. 21—25).

3. Der Gewinn wird alljährlich zur Bilanzzeit vertheilt und ausgezahlt. Ist jedoch die ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert, so muß der spätere Gewinn zunächst zu deren Wiederergänzung verwendet werden (art. 151. alin. 1. art. 152).

Es genügt auf die obigen Ausführungen zu verweisen, welche die Richtigkeit dieses Grundsatzes auch für die offene Gesellschaft darlegten (S. 25—29).

4. Der stille Gesellschafter ist nicht verpflichtet, den in gutem Glauben bezogenen Gewinn zurückzuzahlen (art. 151. alin. 3).

Dieser Satz ist nur eine Consequenz aus den zu 3 angenommenen Prinzipien. Nur hätte das Gewicht nicht auf den guten Glauben des Commanditisten, sondern auf die objectiv richtige Berechnung und Vertheilung zur gesetzlichen oder vertragsmäßigen Bilanzzeit gelegt werden müssen*). Zu einer exceptionellen Begünstigung des guten Glaubens liegt hier keine Veranlassung vor. Anders bei der Commanditengesellschaft auf Aktien.

VI. Die Sicherung der Gesellschaftsgläubiger hat art. 153 zum Zweck:

„Die Einlagen der stillen Gesellschafter können während

---

*) Meine Abhandlung S. 67. 68. Thöl §. 42 a. E. Brinckmann S. 218. 219.

des Bestehens der Gesellschaft weder ganz noch theilweise zurückgezahlt werden.

Zinsen der Einlage können (besser: dürfen) den stillen Gesellschaftern nur insoweit ausbezahlt worden, als sie aus dem auf sie zu vertheilenden Gewinn entnommen werden."

Vom Standpunkt des Entwurfs erscheinen diese Regeln nur als nothwendige Folgerungen. Ueberläßt man dagegen, wie oben vorgeschlagen wurde, die Veröffentlichung des Gesellschaftsverhältnisses dem Belieben der Parteien, so würden sie im Falle mangelnder Publication, wo jedes directe Band zwischen Commanditist und den Gläubigern des Complementars fehlt, und die Letzteren höchstens aus der ihnen widerfahrenen und gegen sie gerichteten Benachtheiligung Ansprüche erheben dürften*), als rein positive aber zweckmäßige Einschränkungen des Commanditisten zum Besten der Handlungsgläubiger erscheinen. Hieraus würde allerdings für den Commanditisten die Nothwendigkeit sich ergeben, die gänzliche oder theilweise Aufhebung der Societät öffentlich bekannt zu machen, um der ferneren Theilnahme an den Verpflichtungen der Gesellschaft zu entgehen (Motive S. 80).

VII. Nach art. 154. 155 finden die Auflösungsgründe der offenen Gesellschaft auch auf die Commanditengesellschaft Anwendung. Nur Concurs und Tod des Commanditisten sollen das Gesellschaftsverhältniß nicht alteriren. Auch diese Ausnahmen erscheinen nur für die Commanditengesellschaft auf Aktien motivirt, wo durch die Uebertragbarkeit der Gesellschaftsantheile die Individualität der Mitglieder für gleichgültig erklärt ist. Im Uebrigen läßt sich keineswegs behaupten, daß der Complementar mit jedem Capitaleinleger ein Societätsverhältniß einzugehen bereit sei**). Vgl. oben S. 46.

---

*) Treitschke S. 265. Ueber den anderen Fall, wenn das Societätsverhältniß veröffentlicht ist, vgl. meine Abhandl. S. 72. 73.

**) Gegen Brinckmann S. 224 vgl. namentlich Pardessus no. 1057. Troplong no. 887—890. Würtemb. Entw. Motive S. 216. Mittermaier §. 556. X. Gengler D. Priv. S. 479. Treitschke S. 197 macht gekünstelte und unbegründete Unterscheidungen. Casaregis, den Brinckmann anzieht, spricht nur von der commenda und implicita, und argumentirt aus dem Institorenverhältniß. Uebrigens ist der Entwurf darin consequenter als Brinckmann, daß er die Erben an allen Gesellschaftsrechten Theil nehmen läßt.

VIII. Das Verbot des eigenen Geschäftsbetriebs (art. 101) ist zweckmäßig auf den Commanditisten nicht ausgedehnt (art. 154. alin. 2). Der Anwendung der übrigen für die offene Gesellschaft aufgestellten Regeln (art. 155) steht nichts im Wege, bis auf den art. 96, welcher ein gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter statuirt, und die art. 128—138, welche nach dem Grundgedanken der Commanditengesellschaft, daß der Complementar der einzige Geschäftsherr ist, modificirt werden müßten. —

Zweiter Abschnitt. Von der stillen Handelsgesellschaft auf Aktien insbesondere.

Haben die einfachen Commanditengesellschaften seit vielen Jahrhunderten auch in Deutschland auf die Belebung des Handels wohlthätig eingewirkt, erscheint hier eine Aenderung des vollkommen ausreichenden bestehenden Rechts weder nöthig noch rathsam, so sind die Commanditengesellschaften auf Aktien für uns allerdings eine verhältnißmäßig neue Erscheinung, deren Einfluß auf die eigenen wirthschaftlichen Zustände wir bisher außer Stande waren zu erproben. Ihre Zahl und Bedeutung wird steigen, und zwar weit über Gebühr, über ihre eigenthümliche wirthschaftliche Aufgabe hinaus, so lange dem wachsenden Unternehmungsgeist die unbedingt freie Wahl zwischen den verschiedenen Associationsformen durch das Prinzip der Staatseinmischung bei der Bildung und Verwaltung von reinen Aktiengesellschaften entzogen ist (vgl. oben S. 43).

Die großen Capitalvereine führen die Nothwendigkeit von Sicherungsmaaßregeln gegen ihren Mißbrauch mit sich*). Indem man gegen die Gefahren der reinen Aktiengesellschaften die Hauptgarantie in administrativer Genehmigung und Oberaufsicht gesucht hat, findet man sich ohne allen Schutz gegenüber gleich gewaltigen Associationen, welche zwar vorgeben etwas anderes als jene sein zu wollen, und allerdings formell etwas anderes sein müssen, materiell indessen vielfach nur den gleichen Zweck mit gleichen Mitteln erstreben. Hier erscheint es gerechtfertigt, die Erfahrung desjenigen Landes zu befragen, dessen Handel und Industrie aus dem angedeuteten Grunde

---

*) Gut Schäffle in der Deutschen Vierteljahrsschrift 1856. Heft 4. S. 270—282. 289—294.

sich vorzugsweise*) in dieser Gesellschaftsform bewegen, zumal die innere Gestaltung solcher Capitalvereine wesentlich von der Eigenthümlichkeit des Börsenverkehrs beeinflußt wird, welcher, ungeachtet aller Verschiedenheit zwischen Deutschem und Französischem Nationalcharakter, überall die gleichen krankhaften Symptome aufzuweisen pflegt.

Der art. 38 des Code de commerce begnügte sich, diese seit mehreren Jahrhunderten in Frankreich zu großen Unternehmungen benutzte Associationsform anzuerkennen und von der reinen Aktiengesellschaft sorgfältig zu scheiden. Man unterließ es, den ernsten Mißständen vorzubeugen, welche beim Aufstreben des Unternehmungsgeistes sich voraussichtlich an dieselben knüpfen mußten. Als diese endlich in nicht länger zu verkennender Weise hervortraten, als Tausende theils durch ihre Leichtgläubigkeit, theils durch betrügerische Manoeuvres der Gründer und Geranten ruinirt waren, versuchte man eine Radikalkur: der Gesetzentwurf von 1838 — welchem auffallenderweise selbst Brinckmann das Wort redet — verbot, unter harter Strafe, jede Commanditengesellschaft auf Aktien. Glücklicherweise scheiterte dies Projekt an dem Widerstand der Deputirtenkammer und blieb liegen. Das Wiederauftauchen der Mißbräuche hat das Gesetz vom 17. Juli 1856 veranlaßt**). Es zeichnet sich vortheilhaft durch Mäßigung und Klarheit aus. Die Vorschriften des Preußischen Entwurfs beruhen wesentlich auf seiner Grundlage.

Zu den Gefahren, welche theils in dem Wesen jeder Capitalassociation, auch der reinen Aktiengesellschaft ungeachtet aller Staatsaufsicht, theils in dem Wesen der hier in Rede stehenden Gesellschaftsform speziell begründet, und erfahrungsmäßig hervorgetreten sind, gehören insbesondere:

---

*) Folgende Thatsache mag genügen: Bei dem Handelsgericht der Seine sind im Geschäftsjahr 1856 (1. Juli 1855 bis 1. Juli 1856) angemeldet worden, neben 842 Collectivgesellschaften und nur 13 Aktiengesellschaften, 551 Commanditengesellschaften mit einem Capital von fast 2 Milliarden Franks, darunter Commanditenaktiengesellschaften allein mit einem Capital von mehr als 1929 Millionen (Mémorial du com. 1856 p. 231).

**) Das ursprüngliche Projekt (Preuß. Handelsarchiv 1856 II. S. 3 ff.) ist im Laufe der Berathungen vielfach abgeändert worden. In seiner jetzigen Fassung wurde das Gesetz mit der ungeheuren Mehrheit von 221 unter 233 Anwesenden angenommen. Vgl. die Berathungen im Mémorial du com. 1856 p. 242—353. 292—300. 302—310. 338—348.

Erstens. Die Ausbeutung der Aktionäre und der Gläubiger durch eine Oligarchie der Gründer der Gesellschaft, welche sich exorbitante Vortheile theils direct, theils mittelst übertriebener Schätzung ihrer Naturaleinlagen ausbedingen.

Zweitens. Die gesetzlich unbeschränkte Gewalt eines Geranten, welcher nicht einmal immer der wirkliche Unternehmer ist (vgl. oben S. 37 ff. 42 ff.) — noch gesteigert durch das, vom Entwurf art. 169 für diesen Fall freilich aufgegebene, Verbot der Einmischung in die Geschäftsführung, welches sogar die regelmäßig bestehenden, jedoch meist vom Geranten im Voraus bestimmten Aufsichtsräthe, in der Besorgniß vor unbeschränkter Haftung, von sorgfältiger Ueberwachung abhielt.

Drittens. Die Ausbeutung des Publikums durch alle Künste der Agiotage. Die Vortheile dieses verderblichen Treibens fallen in der Regel den Gründern und den ersten Aktionären zu, welche mit dem vortheilhaften Verkauf ihrer emporgeschwindelten Aktien jedes Interesse an dem Gedeihen der durch sie ins Leben gerufenen Unternehmung verlieren und jeder Verantwortlichkeit ledig sind. Als Mittel zur Agiotage dienen: lügnerische Prospekte, die Ausgabe von Aktien und der Beginn der Geschäfte bevor das ganze Gesellschaftscapital gezeichnet, geschweige auch nur theilweise eingezahlt wäre; die Emission von Aktien und Aktienantheilen auf ganz geringe Beträge und auf Inhaber, ohne Haftung der ersten Zeichner für den ganzen Nominalbetrag; die Vertheilung fingirter Dividenden mit Connivenz oder ohne wirksamen Widerspruch der unverantwortlichen Aufsichtsräthe.

Solchen gefährlichen Ausschreitungen wird durch energische Maaßregeln wenigstens theilweise begegnet werden können. Von jeder Einmischung der Regierungsgewalt hat der Entwurf mit Recht Abstand genommen. Zu geringes Gewicht dürfte auf umfassende Oeffentlichkeit des Betriebs und auf strenge Verantwortlichkeit der Gründer, Leiter und Aufsichtsräthe gelegt sein. Das neueste Englische Gesetz (The Joint Stock Companies Act 1856 *)), welches die reinen Aktien-

*) Vom 14. Juli 1856 (Legal Observer Bd. 52 p. 218 ff.), und dazu das Normalstatut (Regulations of Joint Stock Companies), welches zwar von der Gesellschaft durch andere Bestimmungen ersetzt werden darf, jedoch nur durch einen Specialbeschluß der Generalversammlung (Legal observer a. a. O. p.

gesellschaften von der Nothwendigkeit staatlicher Genehmigung befreit, enthält in dieser Beziehung um so beachtenswerthere Vorschriften, als sie bezwecken, die scheinbaren Garantieen der Regierungseinmischung zu ersetzen.

Nach diesen leitenden Gesichtspunkten, und ohne uns an die äußerliche Aufeinanderfolge der Artikel zu binden, sollen die Vorschläge des Entwurfs geprüft werden:

I. Die Eingehung des Gesellschaftsvertrages erfordert sichere und höchst öffentliche Feststellung seiner Bedingungen. Ganz angemessen erscheint hiernach das Gebot:

1. Der notariellen Errichtung durch die Gründer, mit wenigstens schriftlicher Beitrittserklärung der übrigen Mitglieder (art. 157).

2. Der Eintragung der vollständigen Gesellschaftsurkunde in das Handelsregister, und der Veröffentlichung eines Auszugs aus derselben mit Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Geranten, der Firma der Gesellschaft, des Orts ihrer Hauptniederlassung und der Zahl wie des Betrags der Gesellschaftsaktien (art. 160. alin. 1).

Beides bei Strafe der Nichtigkeit des Vertrages unter den Gesellschaftern selbst, nicht aber zum Nachtheile Dritter (art. 161). Auch dieses Präjudiz erscheint hier völlig angemessen, da das öffentliche Interesse die Publicität bedingt. Auch wäre hinzuzufügen, daß jede Ausgabe von Aktien oder Aktienscheinen, und jeder Beginn des Geschäftsbetriebs vor erfolgter Registrirung an den Gründern und Geranten mit fiscalischer Geld- oder Gefängnißstrafe (Französ. Ges. vom 17/7 56 art. 11. Engl. Aktienges. art. 15), und an den Ersteren überdies mit persönlicher und solidarischer Verantwortlichkeit geahndet werde.

II. Die Registrirung des Vertrages darf bei Strafe der Nichtigkeit erst alsdann erfolgen, wenn den sogleich näher zu besprechenden Vorschriften in Betreff der Zeichnung und Einzahlung des Gesellschaftskapitals, der Wahl des Verwaltungsraths, und der Genehmigung der für Naturaleinlagen oder sonst bedungenen außerordentlichen Vortheile genügt, und der Beweis hiefür durch notarielle Urkunden

353—357). Nur einen Auszug aus der Akte, aber eine gute Uebersicht der bezüglichen Englischen Gesetzgebung giebt Schwebemeyer das Aktiengesellschafts-, Bank- und Versicherungswesen in England. Berlin 1857.

erbracht ist (art. 159—161). Den Geranten, welcher vorsätzlich behufs der Registrirung falsche Angaben über die Zeichnung oder Einzahlung der Gesellschaftskapitalien macht, trifft die Strafe des Betrugs (art. 176). Zweckmäßig erschiene die Niederlegung einer notariellen Copie der Zeichnungsliste bei dem Handelsgericht zur öffentlichen Einsicht (Franz. Ges. art. 1. alin. 4. Engl. Aktienges. art. 16. 17. 23. 24).

III. Zum Schutz der Aktionäre und der Gläubiger gegen den Geranten, wie der Gläubiger gegen Beide dient:

1. Die Unveräußerlichkeit der auf die Einlagen der Geranten fallenden oder als besondere Vortheile demselben von der Generalversammlung bewilligten Aktien (art. 162). Das Interesse des Geranten wird hiedurch dauernd an die Gesellschaft gefesselt (Motive S. 81. 82. 85. 86).

2. Das Gebot der Bestellung eines Verwaltungsraths aus mindestens 5 Mitgliedern, welcher vor Registrirung der Societät in einer Generalversammlung der Aktionäre aus deren Zahl zu wählen ist (art. 158. alin. 1. art. 159 No. 1. art. 160 No. 2).

Der Verwaltungsrath ist mehr als der französische Aufsichtsrath. Wie dieser (Franz. Ges. art. 8. 9) hat er die Geschäftsführung der Geranten in allen Theilen zu überwachen, die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen, und darüber alljährlich an die Generalversammlung zu berichten; und darf jederzeit Generalversammlungen berufen (art. 165. 166). Er ist jedoch zu deren Berufung auf Antrag der Inhaber von einem Zehntel des Grundkapitals sogar verpflichtet (art. 166), und fungirt überdies als ordentliches Organ der Generalversammlung zur Ausübung aller den Aktionären gegen den Geranten zustehenden Rechte. Soweit seine eigene Verantwortlichkeit in Frage kommt, steht ihm ein selbstständiges Klagerecht gegen den Geranten zu (art. 164. 167).

Eine Garantie für seine Tüchtigkeit soll die beschränkte Wahlzeit gewähren: indem er das erste Mal auf höchstens Ein Jahr, später auf höchstens 5 Jahre ernannt werden darf. Eine Belohnung darf den Mitgliedern des ersten Verwaltungsraths nur durch einen nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres einzuholenden Beschluß der Generalversammlung bewilligt werden (art. 158. alin. 2. 3).

Seine Verantwortlichkeit beschränkt sich auf 2 Fälle: wenn er die Zahlung fingirter Zinsen und Dividenden, und wenn er die Ver-

theilung des Vermögens vor Ablauf Eines Jahres nach Auflösung der Gesellschaft wissentlich gestattet. In beiden Fällen haften seine Mitglieder gleich den Geranten (art. 177). Vgl. unten V. 5.

3. Art. 168 enthält zweckmäßige Vorschriften in Betreff der Prozeßführung der stillen Gesellschafter — der Gesammtheit, eines Theiles oder Einzelner — gegen die Geranten oder die Mitglieder des Verwaltungsraths. Es bleibt dabei jedoch unklar, in welchem Verhältniß die Vertretung der Gesammtheit in den Prozessen gegen die Geranten durch „Bevollmächtigte" zu deren Vertretung durch den Verwaltungsrath (art. 164. 167) steht. Gemeint ist wohl, daß an die Stelle des Verwaltungsraths auch besonders gewählte Bevollmächtigte treten dürfen. Die Quelle des art. 168, das Franz. Gesetz art. 14, läßt diesen Zweifel nicht aufkommen, da der Verwaltungsrath dort gar nicht als ordentliches Organ der Generalversammlung zur Prozeßführung gilt.

4. Zu weit dürfte art. 164 gehen, welcher den einzelnen Aktionären auch die Befugniß zur Einsicht der Bücher und Papiere der Gesellschaft entzieht (Motive S. 86). Es muß insoweit jedem einzelnen Aktionär die Möglichkeit selbstständiger Prüfung verbleiben. Sehr viel zweckmäßiger stellt das Engl. Normalstatut art. 69. 72. 73 fest, daß die Handlungsbücher auf dem Bureau (registered office) der Gesellschaft in den Geschäftsstunden der Einsicht jedes Mitglieds offen liegen müssen, und daß ein gedrucktes Exemplar der Jahresbilanz 7 Tage vor der Generalversammlung an jeden im Aktienbuch verzeichneten Theilhaber zuzusenden sei. Auch das sogleich zu erwähnende Register der Aktionäre darf von jedem Mitglied täglich während der Geschäftsstunden eingesehen, und eine Abschrift desselben gegen eine geringe Abgabe verlangt werden (Engl. Aktienges. art. 23).

5. Die Sicherung der Gläubiger bezweckt das dem §. 29 des Preuß. Aktiengesetzes vom 9/11 1843 entnommene Verbot, das Vermögen einer aufgelösten Gesellschaft vor Ablauf Eines Jahres zur Theilung zu bringen, bei solidarischer und unbeschränkter Verantwortlichkeit der Geranten und des Verwaltungsraths (art. 175. 177. No. 2).

IV. Einer Oligarchie der Gründer sollen vorbeugen:

1. Die bereits erwähnten Bestimmungen in Betreff der Ver-

waltungszeit und der Belohnung des ersten Verwaltungsraths (art. 158. alin. 2. 3).

2. Die Vorschrift, daß vor Registrirung der Gesellschaft eine Generalversammlung die Abschätzung der etwaigen Naturaleinlagen (also auch der Leistungen des Geranten) und die Prüfung der Zulässigkeit besonders stipulirter Vortheile anordne, und demnächst eine zweite Generalversammlung die Genehmigung der Schätzungssumme und der beanspruchten Vortheile mit einer Mehrheit, welche mindestens ein Viertel der sämmtlichen stillen Gesellschafter und zugleich mindestens ein Viertel des Gesellschaftskapitals umfaßt, und zwar ohne Stimmrecht der betheiligten Mitglieder, beschließe (art. 159. No. 3).

Der art. 151 des Entwurfs, welchen wir oben für die einfache Commanditengesellschaft zurückgewiesen haben, wird hier, wo seiner Aufnahme überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe zur Seite stehen würden, durch diese strengere Vorschrift vollständig ersetzt.

V. Gegen die Agiotage endlich sind folgende Normen gerichtet:

1. Die Aktien oder Aktienantheile dürfen auf keinen geringeren Betrag als 200 Thaler gestellt werden (art. 156. alin. 2. 3), und sind untheilbar (art. 171. alin. 1).

Das franz. Gesetz stellt den Minimalbetrag der Aktien auf 100 Frs. fest falls das Gesellschaftskapital 200,000 Frs. nicht übersteigt, und auf 500 Frs. falls es mehr beträgt. Für die Feststellung eines Minimum spricht die Gefahr, daß gerade die unbemittelten Klassen, durch pomphafte Ankündigungen verführt, nur zu leicht ihre geringe Habe in gewagte oder gar schwindelhafte Unternehmungen stecken. Sind doch in Frankreich Antheilsscheine bis zu 5 Frs., ja bis zu 1 Franc, herab vorgekommen. Andererseits erscheint es wünschenswerth, daß Handlungsgehülfen und Arbeiter auch mit geringen Ersparnissen sich an dem Geschäftsbetrieb ihres Prinzipals betheiligen, daß Commanditaktiengesellschaften gerade mit Rücksicht hierauf gebildet werden. Soll ein Minimalbetrag angenommen werden, so dürfte derselbe 100 Thaler nicht übersteigen.

2. Die Ausgabe von Aktien auf Inhaber ist unstatthaft (art. 156). Die ausgegebenen Aktien müssen mit genauer Bezeichnung ihrer Inhaber in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen werden. Ihre Uebertragung, auch durch Indossament, ist zwar ohne Einwilligung der Gesellschaft statthaft, doch gelten dieser gegenüber nur diejenigen als Eigenthümer, welche auf Grund des geführten Ueber-

tragungsnachweises als solche im Aktienbuch vermerkt sind (art. 170—172).

Nur der erste Punkt erregt Bedenken. Gewiß sind Inhaberaktien durch ihre leichte und kostenlose Uebertragbarkeit sehr geeignete Werkzeuge der Agiotage. „Personen, welche ihre Namen nicht auf die Aktien einer Schwindelgesellschaft setzen würden, kaufen sie doch, um dieselben sobald als möglich nach künstlicher Steigerung wieder los zu werden, ohne daß eine Spur ihrer Mitgliedschaft zurückbleibt" *). Hierin liegt die Gefahr, nicht in dem Mangel der staatlichen Genehmigung (Motive S. 82), noch in der, nach dem Entwurf ohnehin bedeutungslosen, Schwierigkeit, die Einmischung der Commanditisten in die Geschäftsführung zu entdecken (Würtemb. Entw. art. 236 und Reichshandelsges. art. 70). Nach Volleinzahlung der Aktien jedoch ist für die Agiotage nur ein verhältnißmäßig geringer Spielraum, die Rentabilität des in der Regel bereits in Betrieb gesetzten Unternehmens läßt sich besser übersehen, die Aktien bleiben mehr in festen Händen; der Vorbesitzer hat alsdann auch kein Interesse mehr, durch einen Uebertragungsvermerk auf der Aktie den etwaigen Regreß gegen seinen Nachmann wegen späterer Einzahlungsraten zu sichern. Darum empfiehlt sich die Freigebung der Inhaberaktien nach völliger Einzahlung des Nominalbetrages (Französ. Ges. art. 2), wie solche für reine Aktiengesellschaften schon durch das Preuß. Aktiengesetz §. 11 (vgl. Entw. art. 190) gestattet wird.

3. Die ersten Aktieninhaber bleiben, der Uebertragung ungeachtet, zur Einzahlung des vollen Nominalbetrages an die Gesellschaft verpflichtet, und dürfen dieser Verbindlichkeit nicht entlassen werden (art. 173).

Im franz. Gesetz art. 3. 12 ist dieses Verbot noch verschärft durch die Untersagung des Handels mit Aktien, auf welche weniger als 40 % des Nominalbetrages eingezahlt sind, bei Strafe von 500—10,000 Frs.

Daß die Verfasser diese letzte Beschränkung nicht aufgenommen haben, ist anerkennenswerth. Sie wird sich in der Praxis vermuthlich ebenso unwirksam erweisen als die Preußischen Gesetze vom 13/5 1840 und vom 24/5 1844, welche alle Verträge über ausländische Werthpapiere und über inländische noch nicht volleingezahlte Eisen-

*) Langlais Bericht zum Ges. vom 17/7 56.

bahnaktien für ungültig erklären, sofern dieselben nicht von beiden Seiten sofort Zug um Zug erfüllt werden.

Indessen auch der art. 73 dürfte zu weit gehen. Er fesselt allerdings das Interesse der Gründer auf lange Zeit an das Unternehmen, er beugt der Creirung von Gesellschaften zu dem einzigen Zwecke, die emporgeschwindelten Aktien möglichst schnell zu verwerthen, einigermaaßen vor. Jedoch nicht ganz, da vorsichtige Zeichner ihre Aktien nur an sichere Nachmänner veräußern werden, welche erforderlichenfalls ihnen für die späteren Zahlungen einzustehen haben. Wohl aber wird derselbe den Zufluß von Capitalien empfindlich hemmen, ängstliche Personen von jeder Betheiligung zurückhalten. Wir sehen keine Gefahr, wenn es der Gesellschaft gestattet wird, den ersten Zeichner seiner Verbindlichkeit für die Zukunft zu entlassen — allenfalls mit subsidiarischer Haftung desselben auf Ein Jahr für alle vor seinem Austritt eingegangenen Gesellschaftsverpflichtungen (Preuß. Aktienges. §. 13). Daß die staatliche Genehmigung den Gläubigern reiner Aktiengesellschaften auch in dieser Beziehung höhere Sicherheit gewähre (Motive S. 88) ist eine Illusion. Die Hauptgarantie dürfte eine vernünftige Publicität gewähren, und empfehlenswerth erscheint darum die Vorschrift des Englischen Aktiengesetzes art. 17. 23—27, daß mindestens alljährlich ein Register sämmtlicher zur Zeit in das Aktienbuch eingetragener Theilhaber aufzustellen und (beim Handelsgericht) zur öffentlichen Einsicht auszulegen sei, welches die Namen der Theilhaber, die Zahl der von denselben besessenen Aktien, den Betrag der auf jede Aktie ausgeschriebenen Einzahlungen, die Summe der empfangenen und den Betrag der rückständigen obwohl ausgeschriebenen Einzahlungen, sowie die Summe der verwirkten Aktien zu enthalten habe.

4. Die Registrirungsfähigkeit des Gesellschaftsvertrags ist bedingt durch vorgängige Zeichnung des gesammten Gesellschaftskapitals und Einzahlung von mindestens einem Viertel desselben (art. 159. alin. 1). Vgl. oben II.

5. Die Aufstellung falscher Bilanzen behufs der Gewinnvertheilung wird gegen den Geranten mit Strafe des Betrugs geahndet (art. 176). Gegen die Mitglieder des Verwaltungsraths müßte das wissentliche Geschehenlassen mit unbeschränkter und solidarischer Verantwortlichkeit bestraft werden (Franz. Ges. art. 10. No. 1).

6. Die Zahlung von Zinsen und Dividenden, welche nicht aus

dem auf die Aktien fallenden Gewinn entnommen sind, wird gegen die Geranten und gegen die mitschuldigen Mitglieder des Verwaltungsraths mit persönlicher und solidarischer Verbindlichkeit zur Rückerstattung der geleisteten Zahlungen, und, falls die Gesellschaft ihre Zahlungen einstellt, überdies mit den Strafen des einfachen Bankerutts geahndet (art. 177). Die Aktionäre sind zur Rückzahlung nur alsdann verpflichtet, wenn ihnen die Unzulässigkeit der Zahlung bekannt war (art. 174. alin. 2. 3).

Allen diesen Vorschriften ist durchaus beizutreten, insbesondere auch der Beschränkung der Rückzahlungspflicht, weil die bei der einfachen Commanditengesellschaft angemessene unbedingte Haftung (vgl. oben S. 63) mit der Uebertragbarkeit der Aktien im Widerspruch steht.

VI. Den Bestimmungen des Entwurfs dürften zweckmäßig noch folgende hinzutreten:

1. Jede Handlung, welche eine Betheiligung des Publikums an der zu bildenden oder bereits gebildeten Gesellschaft durch wissentlich unrichtige Angaben herbeizuführen bezweckt (z. B. durch lügnerische Prospekte), wird an allen Schuldigen mit der Strafe des Betrugs geahndet (Franz. Ges. art. 13).

2. Der mindestens alljährlich von den Geranten an die Generalversammlung erstattete und von dem Verwaltungsrath begutachtete Rechenschaftsbericht über die verflossene Verwaltungsperiode ist nebst vollständiger Bilanz in notarieller Copie beim Handelsgericht zur allgemeinen Einsicht niederzulegen und mittelst der dazu bestimmten Blätter zu veröffentlichen.

3. Jede Abänderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages bedarf der notariellen Abfassung und ist durch das Handelsregister zu veröffentlichen (vgl. Entw. art. 184).

Hierdurch würde den Gefahren vorgebeugt, welche jede Veränderung in der Person der Geranten für die Gesellschaftsgläubiger mit sich führt.

Unterlassungen oder Verzögerungen dieser Anzeigen wären an den Geranten mit fiscalischen Geldstrafen zu ahnden. —

Es erscheinen endlich außer den bereits erwähnten:

VII. Folgende Modificationen der die einfache Commanditengesellschaft beherrschenden Regeln erforderlich:

1. In den Generalversammlungen der stillen Gesellschafter ent-

scheidet die absolute Stimmenmehrheit. Einstimmigkeit ist, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht abweichende Normen feststellt, erforderlich zu Beschlüssen, welche dem Zweck der Gesellschaft fremd sind, oder eine Aenderung des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstand haben.

Das Prinzip der Majoritätsbeschlüsse, so unpassend es für die offene und für die einfache stille Gesellschaft erscheint, ist für die Aktiencommandite unentbehrlich. Für mehrere Geranten bleibt es bei der Regel.

2. Tod, Insolvenz und Ausschließung eines stillen Gesellschafters wegen Nichteinzahlung fälliger Raten (art. 121. No. 3) haben die Auflösung der Societät nicht zur Folge (vgl. oben S. 64). Die Stelle der freien Aufkündigung vertritt für den einzelnen stillen Gesellschafter die Uebertragbarkeit seiner Aktie. Zur Ausschließung eines Geranten (art. 123) hat außer sämmtlichen übrigen Geranten, auch die Generalversammlung der stillen Gesellschafter ihre Zustimmung zu ertheilen. Die in art. 121 jedem Gesellschafter ertheilte Befugniß, aus wichtigen Gründen die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, steht auch der Generalversammlung der stillen Gesellschafter zu (art. 164). Ob nicht das freiwillige Ausscheiden der Geranten gänzlich zu untersagen wäre? Und gleicherweise die unbedingte Absetzbarkeit derselben zu verbieten? Das erste Verbot wäre eine Entziehung des gesetzlichen Kündigungsrechts für den Geranten, das zweite die Ausschließung eines vertragsmäßigen Kündigungsrechts (wenigstens in dem regelmäßigen Falle, wenn die Gesellschaft auf bestimmte Zeit errichtet worden) der Gesammtheit der stillen Gesellschafter. Das zweite Verbot würde ganz gerechtfertigt erscheinen (vgl. oben S. 42. 43. 60). Das erste würde sich reduciren auf die Nothwendigkeit vorgängiger Liquidirung, falls die Gesellschaft nach dem Ausscheiden eines Geranten sich von Neuem bildet (ihre Geschäfte „fortsetzt"), da eine gänzliche Entziehung des Kündigungsrechts, ein Gebot beständigen Zusammenbleibens, undenkbar ist. Der Nutzen solcher Beschränkung erscheint darum sehr zweifelhaft, und die Beibehaltung des bestehenden Rechts gerathen. —

Berichtigungen und Zusätze.

Zur Ersten Abtheilung.

S. 35. Z. 14 v. o. lies die statt der.

„ 47. Not. *** lies a. a. O. st. u. u. A.

„ 52. Not. * lies Hamb. M. O. Art. 22. st. S. 22.

Zu S. 55 vgl. noch Coquelin: Revue des deux mondes 1843 p. 406 ff. u. Howell: Law Amendment Journal 1857 p. 54.

S. 62. Z. 10 v. o. lies Gläubiger st. Gläubigen.

„ 63. Z. 5 v. o. lies Gesellschafter st. Gesellschaft.

„ 66. letzte Z. lies Gesellschaftsgläubiger st. Handelsgläubiger.

„ 73. Not. *** Vgl. auch The mercantile law amendment act. 29. Juli 1856 art. 4.

„ 85. Z. 10 v. o. lies 161 st. 61.

Zur Zweiten Abtheilung.

S. 6 Not. * Z. 5 lies Erste Abtheilung S. 67 st. oben S. 67.

„ 11 Not. † lies Alauzet No. 231. 232. st. No. 281. 282.

„ 15. Z. 4 u. Z. 10 v. o. lies Geranten st. Garanten.

„ 20. Not. *. Vergl. Seuffert X. S. 201.

„ 29. Z. 9 v. u. lies den Motiven st. der Motive.

„ 53. Z. 3 v. o. lies Art. 146 st. Art. 46.

Druck von Georg Mohr in Heidelberg.